

**UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID  
INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS  
“BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”**

**“SENTANDO LAS BASES PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN  
MODELO VIABLE DE JUEZ”**

**TESINA QUE EN EL ÁMBITO DEL MÁSTER OFICIAL EN ESTUDIOS  
AVANZADOS EN DERECHOS HUMANOS PRESENTA:**

**ERNESTO ALONSO AGUINAGA MEZA**

**DIRECTORA: DRA. MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS**

**GETAFE, MADRID, SEPTIEMBRE 2010**

## **INDICE**

<b>INTRODUCCIÓN: El problema del modelo de juez compatible con la idea de democracia.....</b>	<b>5</b>
<b>PARTE I: El problema del alcance del “poder” de los jueces.....</b>	<b>19</b>
1. Planteamiento del problema: democracia y “poder judicial”.....	19
2. La negación del carácter de “poder” de los jueces y tribunales: la tesis cognitiva de la interpretación judicial.....	30
2.1 La tesis mecanicista o determinista de la interpretación judicial: el juez como un poder “nulo”.....	31
2.2 La ausencia de casos no regulados y la única respuesta correcta.....	33
2.3 El Derecho como una “práctica social” y el papel de la analogía, en los casos difíciles, como método jurídico-racional de “integración”.....	41
3. La afirmación del carácter de “poder” de los jueces y tribunales: las tesis “fuertes” sobre la discreción judicial.....	49
3.1 La tesis escéptica de la interpretación judicial.....	50
3.2 La tesis intermedia de la interpretación judicial.....	57
3.2.1 La textura “abierta” del Derecho: la zona de certeza y la zona de penumbra.....	58
3.2.2 La justificación de la sentencia en los casos de lagunas normativas: la necesaria creación judicial de Derecho.....	64
3.3 La tesis de la determinación “mínima” del Derecho.....	72
4. Toma de posición en torno al problema del alcance de los poderes de los jueces: la apuesta por el planteamiento realista.....	85
4.1 Cuestión metodológica previa: una aproximación neutral, a-valorativa y descriptiva al problema del poder de los jueces.....	86
4.2 El ilimitado poder discrecional de los jueces: la supervivencia de la tesis escéptica.....	95
4.2.1 Críticas al planteamiento cognitivo: es falso que los jueces nunca actúan con discreción judicial en sentido fuerte.....	96

4.2.2 Críticas a la tesis intermedia y a la tesis de la determinación mínima: no existen límites cognitivos al poder discrecional fuerte del juez.....	104
4.2.3 Críticas a las críticas efectuadas contra el realismo jurídico: la supervivencia de la concepción escéptica de la interpretación jurídica y la configuración de los jueces en un real “Poder Judicial” .....	111

## **PARTE II: El problema de la legitimidad de la actuación de los jueces (En el marco del Estado constitucional de Derecho).....123**

1. Planteamiento del problema: legitimidad, obediencia y “poder judicial” .....	123
2. Estado de Derecho, Estado constitucional y Estado constitucional de Derecho: tres modelos un mismo problema.....	132
2.1 El modelo “exigente” de Estado de Derecho.....	133
2.2 El Estado “sólo” constitucional y el Estado constitucional de Derecho.....	139
2.3 El concepto de democracia existente en la lógica del Estado constitucional de Derecho.....	145
2.3.1 La democracia constitucional: un modelo de juez “irreal”. El voto de confianza en los jueces.....	146
2.3.2 Una concepción “sui generis” sobre la democracia: la supervivencia de la aristocracia-autocracia con toga.....	150
3. Criterios de legitimidad de la labor judicial (I): la exigencia de “estricta sujeción a la ley (o al Derecho)” .....	156
3.1 La estricta sujeción a la ley (o al Derecho) en cualquier tipo de proceso.....	158
3.1.1 El sometimiento a la ley interpretada observando criterios “rigurosos” de interpretación.....	158
3.1.2 El sometimiento a la ley sociológicamente interpretada.....	159
3.1.3 El sometimiento a la ley “válida”: la estricta sujeción a la ley como garantía de los derechos fundamentales.....	163
3.2 La estricta sujeción a la ley “constitucional” en el control de la constitucionalidad de las leyes.....	168
3.2.1 La garantía de las normas sustanciales producto de un especial “momento constitucional”.....	169
3.2.2 El control de las normas sustanciales relativas a la participación democrática en el proceso político.....	172

3.2.3 Los jueces constitucionales como garantes de la adopción de decisiones políticas imparciales y de decisiones privadas relativas al plan de vida.....	176
3.3 La estricta sujeción a la ley “procesal”: los aspectos procesales de la práctica judicial.....	179
4. Criterios de legitimidad de la labor judicial (II): aspectos de la práctica judicial que permitirían presentarla como “democrática”.....	184
4.1 La “imparcialidad” e “independencia” como criterio de legitimidad democrática: la idoneidad del juez para desempeñar las labores encomendadas en el Estado constitucional de Derecho.....	185
4.2 El proceso judicial como mecanismo de participación democrática.....	188
4.3 La “confiabilidad” en el juez como criterio de legitimidad democrática.....	193
4.4 La forma como interviene el Poder Judicial en la formación de la ley.....	196
5. Toma de posición en torno al problema de legitimidad del “Poder Judicial”: la apuesta por las exigencias procesales básicas y la presencia de ciertos elementos “carismáticos” de legitimidad.....	199
5.1 Revisión de los criterios de legitimidad basados en la exigencia de “estricta sujeción a la ley (o al Derecho)”.....	201
5.1.1 Crítica a la estricta sujeción a la ley (o al Derecho) en cualquier tipo de proceso.....	202
5.1.2 Crítica a la estricta sujeción a la ley “constitucional” en el control de la constitucionalidad de las leyes.....	208
5.2 Revisión de los criterios de legitimidad basados en los aspectos de la práctica judicial.....	214
5.3 La apuesta por las exigencias procesales básicas y la confiabilidad basada en el “carisma” del juez.....	222
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>233</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>245</b>

## **INTRODUCCIÓN**

### **EL PROBLEMA DEL MODELO DE JUEZ COMPATIBLE CON LA IDEA DE DEMOCRACIA**

Que los jueces pueden decidir lo que quieran, es un planteamiento que, al parecer, describe fielmente la realidad. Efectivamente, así como pueden afirmar que una medida “X” viene exigida por una norma “Y”, también pueden en otro momento cambiar de opinión y, sobre la base del mismo texto normativo, señalar exactamente lo contrario: que la misma está prohibida. Eso es lo que pasó, por ejemplo, recientemente con una sentencia del Tribunal Constitucional del Perú que, declarando fundada una demanda de amparo interpuesta por una asociación conservadora, ordenó “al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada Píldora del Día Siguiente”<sup>1</sup>; a pesar de que, en el año 2006, dispuso exactamente lo opuesto: “que el Ministerio de Salud (...) no cumple con el mandato de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE [Anticonceptivo Oral de Emergencia o Píldora del Día Siguiente] de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos”<sup>2</sup>. Es decir, si en un momento entendía que el Estado peruano, según el ordenamiento constitucional, tenía la obligación de distribuir gratuitamente la píldora del día siguiente, en otro, sobre la base del mismo marco jurídico (la Constitución de 1993), señaló paradójicamente lo inverso: que el Estado peruano está prohibido de continuar con dicha política pública de salud reproductiva. Todo parece indicar, pues, que los jueces constitucionales así como pueden decir “A”, en otro momento, pueden afirmar “~A”.

Pero no sólo eso. Además de contradecirse (o cambiar de opinión por decir lo menos), los jueces hoy parece ser que ya no cuentan con límite alguno a la hora de abordar sus funciones. En efecto, invocando los llamados “principios constitucionales” entienden que no existe área o materia que escapa a sus atribuciones. Si antes se cuidaban de ingresar en ciertas esferas especialmente “controversiales” (como las relativas a las políticas económicas de los Estados), en la actualidad ese muro ha caído por completo y, como tal, consideran que cualquier decisión política puede ser objeto de control constitucional o, lo que es lo mismo, de revisión judicial. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano, en un fallo muy discutido y resistido por el poder político, entendió que la decisión del gobierno central de reducir de 12% a 0% las tarifas arancelarias a la importación de cemento “si bien puede constituir un acto de política

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 16 octubre de 2009, recaída en el expediente N° 02005-2009-PA/TC, parte resolutoria.

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 13 de noviembre de 2006, recaída en el expediente 07435-2006-AC, fundamento 21.

arancelaria, resulta ser un acto desproporcionado, y por ende, constitucionalmente prohibido por el principio de interdicción de la arbitrariedad”<sup>3</sup> y, como tal, decidió que “reponiéndose las cosas al estado anterior a la violación constitucional (...), se restablece la tasa del 12% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las subpartidas nacionales 2523100000 cemento sin pulverizar”<sup>4</sup>. Vale decir, a juicio del más alto Tribunal peruano, ni siquiera la política arancelaria escapa a su control. Tan es así que, como se puede apreciar, no le ordenó al Poder Ejecutivo restablecer el arancel a la importación de cemento (emitiendo la reglamentación respectiva), sino que él mismo, por medio de la sentencia, decidió volver a fijarlo en 12%<sup>5</sup>.

Incluso, es posible encontrar actuaciones judiciales en las que, yendo más allá, se modifica la manera tradicional de entender ciertas instituciones jurídicas básicas, tales como la “no retroactividad de las disposiciones normativas”. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Perú (nuevamente), esta vez en un fallo muy aplaudido, decidió que una ley penal más favorable para el reo que ha sido declarada inconstitucional “carece de efectos jurídicos” (la norma en cuestión equiparaba los días de detención domiciliaria con los de carcelería efectiva a los efectos del cómputo de los beneficios penitenciarios) y, por tanto, que la disposición que establece la irretroactividad de las sentencias del propio Tribunal Constitucional que declara inconstitucional una norma (artículo 204° de la Constitución), no debe ser entendida como que la ley penal inconstitucional, mientras estuvo vigente, fue válida<sup>6</sup>. Es decir, para dicho Tribunal, la irretroactividad de sus sentencias no quiere decir que no se pueda revertir la situación de aquellos delincuentes que hubieran sido liberados en virtud de la aplicación de una ley penal inconstitucional. Es por ello que ordenó a “los jueces o tribunales que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), (...) estimar los medios impugnatorios y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional”<sup>7</sup>. En otras palabras, ordenó encarcelar

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 10 de agosto de 2009, recaída en el expediente 03116-2009-PA/TC, fundamento 24.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 10 de agosto de 2009, recaída en el expediente 03116-2009-PA/TC, parte resolutoria.

<sup>5</sup> Este fallo fue sumamente criticado por el Ejecutivo del Perú. Así, por ejemplo, con respecto al mismo la ministra de Economía y Finanzas, Mercedes Aráoz, señaló lo siguiente: “Es un exceso de sus atribuciones, mañana (el TC) va a definir la tasa de interés, el tipo de cambio (...) ya no entiendo las posiciones incoherentes que está teniendo (...) esta decisión es sorprendente y no tiene ningún sustento” (En: <http://www.larepublica.pe/economia/17/03/2010/califica-de-039leguleyada039-decision-del-tc> [consultada: 17 de marzo de 2010]).

<sup>6</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 21 de julio de 2005, recaída en el expediente 0019-2005-PI/TC, fundamentos 51-65.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 21 de julio de 2005, recaída en el expediente 0019-2005-PI/TC, fundamento 63.

nuevamente a los delincuentes liberados. Ya no es que las normas declaradas inconstitucionales son inválidas desde el momento en que fueron calificadas de esa forma, sino que, por decisión del Tribunal Constitucional peruano, lo son desde la fecha misma en que fueron emitidas o promulgadas (algo que, por decir lo menos, no parece comulgar con lo dispuesto por el principio de irretroactividad).

¿Y qué sucede con los jueces ordinarios o, incluso, con los de inferior jerarquía?, ¿ellos también pueden decidir lo que quieran? Todo parece indicar que sí, con la única diferencia de que sus actuaciones no son inmodificables (en virtud de los medios impugnatorios respectivos). Efectivamente, es usual encontrarse con resoluciones judiciales de primera o segunda instancia que, a los efectos de resolver la controversia respectiva, interpretan y/o reinterpretan los textos normativos correspondientes o, yendo más allá, incluso terminan exigiendo requisitos no previstos por el legislador democrático. Así, por poner un ejemplo, un juez especializado en lo laboral del Perú, para resolver si se produjo o no un despido, decidió que no bastaba con demostrar la voluntad unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo. Para él, el trabajador además tenía que probar “(...) voluntad de (...) continuar con el contrato; siendo dicha voluntad requisito sine qua non para configurarse el despido pues éste se conceptúa como la voluntad unilateral del empleador de resolver el contrato, lo que no concuerda con la voluntad de continuidad que debe expresar el trabajador, (...)”<sup>8</sup>. Es decir, para dicho juez, el acto jurídico llamado “despido” dejó de ser un asunto unilateral del empleador para pasar a ser un acto cuya configuración requiere de voluntades contrapuestas. En otras palabras, según su criterio, si el empleador despide a un trabajador que se demuestra quería renunciar, entonces realmente no existió un despido (habría una suerte de cese por “mutuo disenso”).

Sin duda, lo señalado en los párrafos precedentes es una prueba de la actualidad del viejo problema de la discreción judicial y, sobre todo, de las graves consecuencias que la misma puede acarrear para la configuración de una democracia “verdadera”. En efecto, de acuerdo con la concepción dominante, la democracia sería aquel procedimiento para la toma de decisiones públicas que se caracteriza porque, en él, el pueblo es el que gobierna a través de la regla de la mayoría. Es decir, según esta definición, sólo el pueblo –directamente o por medio de sus representantes elegidos por sufragio universal– tiene el poder de gobernar o, lo que es lo mismo, de imponer su voluntad (formada, eso sí, según el principio mayoritario)<sup>9</sup>. Así, la democracia, en la

<sup>8</sup> Sentencia 97-2009 del 28 Juzgado de Trabajo de Lima, del 30 de julio de 2009, recaída en el expediente 0071-2008, fundamento 17.

<sup>9</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. “La democracia constitucional”. Discurso con ocasión de recibir, el 26 de abril de 2007, el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Nacional de Rosario. Traducción de Nicolás Guzmán. En: *Paradigmas de la democracia constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2009, pp. 33-34. En el

concepción tradicional, aparece como un sistema en el cual el Derecho (el mecanismo a través del cual se gobierna), es producido, es creado, o bien directamente por el pueblo –a través de un referéndum por ejemplo– o bien por medio de sus representantes elegidos (el Parlamento o, eventualmente, el Ejecutivo)<sup>10</sup>. Nadie, en esta concepción, que no sea “el propio pueblo” o su representante directamente elegido, está autorizado a crear Derecho y, por ende, a gobernar. Es más, se podría incluso decir que ésta es una concepción “intuitiva” de la democracia. Y es que si se hiciera una encuesta que buscara dar respuesta a la siguiente pregunta: en una sociedad democrática ¿quién crea el Derecho?, es muy probable que la respuesta mayoritaria –por intuitiva– sea: el Parlamento<sup>11</sup>. Ello es así porque al ciudadano promedio, educado en el marco de las democracias representativas, se le ha enseñado que los legisladores elegidos por el pueblo (que es el soberano), son los legítimos representantes del mismo y, por tanto, los únicos autorizados a gobernar y por ende producir Derecho (en nombre del pueblo naturalmente).

En suma, ya sea porque lo dice la concepción dominante sobre la democracia, ya sea porque ello comulga con las intuiciones más básicas de la mayoría, la afirmación “*el Derecho es creado por los legisladores democráticamente elegidos*” aparece como una verdad evidente que se sigue del principio democrático de la soberanía popular. Indudablemente, esta concepción de la democracia tiene un correlato en lo que al papel de los jueces se refiere. En estas coordenadas, al no constituir éstos un órgano de representación popular, su tarea resulta ser muy simple: ellos deben resolver controversias pero, y esto es clave, aplicando la “Ley” democráticamente emitida. Es decir, deben ejecutar la voluntad del pueblo, expresada en el Derecho positivo, para resolver los casos concretos que se les presentan. Nada más. Para la concepción dominante, los jueces tan sólo aplican –y deben aplicar– el Derecho existente –que, para ellos, siempre es “pre-existente”– y, es más, lo hacen sin poder expresar ningún juicio de valor con respecto al mismo. Incluso, se podría decir que eso es lo que el ciudadano promedio espera: sólo así tendría plena certeza o seguridad acerca de las cosas que

---

mismo sentido, Elster que entiende la democracia como “el simple gobierno de la mayoría, con base en el principio de una persona, un voto” (Elster, Jon. “Introducción”. En: *Constitucionalismo y Democracia*. Jon Elster y Rune Slagstad (compiladores). Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 33).

<sup>10</sup> En palabras de Hierro: “La democracia política se define hoy como el sistema político en el que “el poder político pertenece en derecho a la población toda y no meramente a una persona singular o grupo específico y limitado de gentes” (Ross 1989, p. 87) lo que se traduce en que el órgano supremo de gobierno, es decir el que ostenta el poder de hacer las normas generales, las leyes, es un órgano representativo, esto es elegido por la totalidad de la población” (Hierro, Liborio. *Estado de Derecho: problemas actuales*. México DF: Fontamara, 2º edición, 2001, p. 47).

<sup>11</sup> Ignoro si se ha llevado a cabo una encuesta como la señalada. Desde luego yo no la he hecho. No obstante, esta pregunta sí se la planteé a un grupo reducido de personas –no versadas en Derecho para más detalles– con el objeto de observar su respuesta inmediata. En todos los casos, la respuesta “instantánea” fue similar a la señalada líneas arriba.



legalmente puede o no puede hacer. Y es que, como dice Ezquiaga, para tener certeza o seguridad sobre la legalidad o no de una conducta, no sólo es necesario que las personas conozcan la Ley sino, sobre todo, que sea previsible que los encargados de aplicarla (los jueces) fallen de acuerdo con la misma<sup>12</sup>. Consecuentemente, para la concepción tradicional de la democracia, los jueces son, como diría Montesquieu, un poder “nulo”, la “boca muda que pronuncia las palabras de la Ley”. Simplemente cumplirían un papel instrumental para la democracia: asegurar el gobierno del pueblo<sup>13</sup>. Como dice Hierro, cumplirían tan sólo con una “función pública de carácter normativo”: resolver conflictos o controversias sobre la base de normas jurídicas preexistentes al acto de juzgar<sup>14</sup>; función que sólo adquiriría relevancia política en la medida que, a través de ella, el poder político democrático garantiza la supremacía de la Ley<sup>15</sup>.

No obstante, parece ser que las sentencias con las que se ha dado inicio a esta tesina comprometen seriamente la definición tradicional sobre la democracia y, sobre todo, el modelo de juez que está asociado a la misma. Y es que, más allá de lo justo o lo injusto de dichos fallos (o de los argumentos que los sustentan), habría que preguntarse si resulta ser “democrático” que un grupo de jueces (o incluso uno sólo) tengan la potestad de decidir, en desmedro de lo que la mayoría desea, cuáles son las medidas de salud pública admisibles, qué tipo de medidas económicas son razonables, cuándo los beneficios penitenciarios son irrevisables, cuáles son los requisitos para la configuración de un despido, etc. Incluso, cabría preguntarse si los jueces que emitieron dichos fallos objetivamente han actuado según la figura de “la boca muda que pronuncia las palabras de la Ley” o, lo que es lo mismo, si el Derecho democráticamente creado por el Legislador (que el juez, en esta lógica, se estaría limitando a reproducir) es el que ordena y a la vez prohíbe distribuir gratuitamente la píldora del día siguiente (un oxímoron), prevé pautas claramente determinadas para saber cuándo una rebaja arancelaria es razonable, dispone la irretroactividad de las sentencias del tribunal constitucional pero no salvaguarda los actos llevados a cabo al amparo de la normativa declarada inconstitucional (otro oxímoron), configura el despido como un acto jurídico bilateral, etc. Visto así el panorama, todo parece indicar que existe un desfase entre lo que la democracia en su sentido más básico exige y lo que de hecho hacen los tribunales al momento de realizar su función de resolver controversias. Se asiste, como dicen Guarnieri y Pederzoli, a “una intervención cada vez más marcada de la magistratura en

---

<sup>12</sup> Cfr. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *“Iura novit curia” y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 216.

<sup>13</sup> Para Garzón Valdés, en general, el papel de los jueces es “garantizar la estabilidad del respectivo régimen político” (Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”. En: *La función judicial*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, p. 129).

<sup>14</sup> Cfr. Hierro, Liborio. Op. Cit., p. 49.

<sup>15</sup> Cfr. Ibid., p. 51.

el proceso político: “todo y todos se convierten en justiciables” (...). En otras palabras, nos encontramos frente a un amplio proceso de “judicialización de la política”<sup>16</sup>. Y si ello es así, entonces se vuelve sumamente perentorio reflexionar sobre el modelo de juez que, en una democracia, es deseable... y, precisamente, ese es el tema de investigación que, con esta tesina, he empezado a desarrollar.

Efectivamente, la positivización de un derecho, libertad o valor (en el plano local o en el internacional) no es suficiente para asegurar, en los hechos, su plena vigencia. Para ello, además, es necesario que existan los mecanismos jurisdiccionales pertinentes que, frente a una posible violación de los mismos (ya sea por acción, ya sea por omisión), garanticen su cumplimiento real y efectivo. Es decir, las normas jurídicas que institucionalizan derechos, libertades o valores, sin un adecuado sistema de garantías y sin la apropiada tutela judicial efectiva, son simplemente “derechos sobre el papel”. No cabe duda, entonces, de la importancia de los tribunales de justicia –y, sobre todo, del compromiso de la persona que asume la labor de juez– a los efectos de poner en marcha los derechos fundamentales; derechos que, en las concepciones más desarrolladas (el Estado constitucional de Derecho), están en el centro de lo que hoy se entiende como “democracia”. Por esta razón, en las líneas que siguen, se presentan los primeros avances de una investigación que tiene como objetivo final determinar cómo debe razonar, actuar y/o comportarse la persona que se encarga, en una democracia, de supervisar la validez de la actuación de los demás poderes públicos y privados. Dicho en otros términos, el objetivo central de esta investigación, de la cual esta tesina forma parte, es llegar a establecer cómo debe desempeñar sus funciones y qué cualidades debe tener un juez que se considera a sí mismo como “demócrata”. En resumen, el objetivo final de mi actividad investigadora es llegar a proponer un modelo de juez que, reconociendo los amplios poderes que de hecho poseen los mismos (el necesario punto de partida), permita que la idea de democracia alcance las mayores cuotas de realización posibles. Por supuesto, afrontar adecuadamente esta tarea exige, previamente, resolver la siguiente interrogante: ¿a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de “modelo de juez”? Es éste, pues, el primer punto a tratar.

Un modelo de juez viene a ser un “tipo ideal”, un paradigma sobre cómo debería ser un “buen juez”<sup>17</sup>. Es decir, es el norte, la brújula, que guía la búsqueda del tipo de juez que

---

<sup>16</sup> Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. *Los jueces y la política: Poder judicial y democracia*. Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua. Madrid: Taurus, 1999, p. 163.

<sup>17</sup> Como explica Fernández, no es lo mismo un “buen juez” que un “juez bueno”. Este último, según este autor, “se trataría de un ejemplo particular de la situación general que pretendemos describir cuando definimos a alguien como una buena persona. Las virtudes que rodean y se adhieren a lo que entendemos con la cualidad de bondad y con el adjetivo bueno. (...), un juez bueno es un caso especial de un ciudadano bueno. Alguien que en el ámbito privado y público de su existencia se comporta bondadosamente”; mientras que el primero “es una cualidad que se refiere al buen ejercicio profesional y

queremos los ciudadanos y, como tal, fija las condiciones sobre cómo hacer para conseguirlo: cómo seleccionarlo, qué actitudes y aptitudes le vamos a exigir, qué se espera de él, qué responsabilidades tendrá que afrontar, etc. Es, en suma, el prototipo de juez que tendrían que querer ser las personas que desempeñan esa importante función<sup>18</sup>. En tal sentido, la pregunta sobre el modelo de juez que queremos, en el fondo, es la cuestión sobre cómo debe abordar un juez su función de resolver controversias. Esto quiere decir, entonces, que proponer un modelo de juez compatible con la idea de democracia es un asunto complejo. Ello es así porque, para abordar adecuadamente este asunto, hay que hacer frente a una serie de sub-problemas que a pesar de tener conexiones entre sí, hasta el momento, no han recibido un tratamiento integral o unitario (situación que, por lo demás, dice mucho acerca de la necesidad y justificación de una investigación como la planteada); aunque sí es posible encontrar una serie de trabajos o aportes que abordan, en forma separada, algunos de los temas incluidos en esta problemática.

Empecemos por el necesario punto de partida de la investigación propuesta. Antes de hablar de un modelo de juez (sea el que sea), es necesario adoptar una posición en torno a un problema clásico de Teoría del Derecho: ¿tienen los jueces discrecionalidad ilimitada para crear Derecho?, o dicho en otras palabras, ¿es válida en términos jurídicos cualquier decisión judicial? Empezar por este asunto es fundamental porque, en mi opinión, es lo metodológicamente más adecuado. En efecto, como señalan Guarnieri y Pederzoli, aun cuando “las distintas concepciones del papel judicial combinan con frecuencia descripciones y prescripciones, es decir, análisis de los comportamientos de los jueces y consideraciones sobre cómo deberían comportarse”<sup>19</sup>; por lo general, “la discusión sobre el papel del juez raramente se enfrenta al problema de comprobar si su comportamiento corresponde, al menos en parte, a la concepción que se propone”<sup>20</sup>. Vale decir, las distintas tipologías sobre los modelos de juez son “concepciones predominantemente normativas, que subrayan sobre todo la necesidad de

---

técnico de la función de juzgar” (Fernández García, Eusebio. “Los jueces buenos y los buenos jueces. Algunas sencillas reflexiones y dudas sobre la ética judicial”. En: *Derechos y libertades*, N° 19, época II, 2008, pp. 29-30). Y dado que así como podemos “encontrarnos con un juez riguroso e implacable, pero deficiente moralmente en su conducta como ciudadano”, también podemos dar con “un juez moralmente bueno, pero con una formación, preparación, intuición y actuación legal deficiente”, Fernández dirá que “las capacidades y competencias del juez que necesitamos y deseamos tienen mucho más que ver con el buen juez que con el juez bueno” (Fernández García, Eusebio. Op. Cit., p. 30). Por lo demás, en la literatura jurídica, al momento de abordar el problema del modelo de juez, lo usual es utilizar la expresión “buen juez”. Al respecto, véase: (i) Atienza, Manuel. “Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?”. En: *Jueces para la democracia*, N° 46, 2003, pp. 43-46; o (ii) Sancho Gargallo, Ignacio. “Ética judicial: el paradigma del buen juez”. En: *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 72, 2007, pp. 117-138.

<sup>18</sup> Cfr. Atienza, Manuel. *Cuestiones judiciales*. Fontamara: México DF, 2001, pp. 128-133.

<sup>19</sup> Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 66.

<sup>20</sup> Ibid., p. 70.

que el juez adopte esta o aquella línea de comportamiento”<sup>21</sup> pero que, como dicen los autores, no evalúan si sus prescripciones se corresponden o no con una descripción adecuada del comportamiento judicial. Ello, me parece, responde a una forma errónea de afrontar este problema, la misma que seguiría el siguiente derrotero: primero se teoriza un modelo de juez (una prescripción), luego se verifica la realidad judicial (una descripción) para, finalmente, tratar de transformar ésta según el modelo o tipo de laboratorio teorizado (otra prescripción). No hace falta resaltar que este método no es el más confiable: al prescindir de los datos que ofrece la experiencia empírica al momento de construir el modelo, lo más probable es que se termine proponiendo prescripciones erróneas o, al menos, que no calzan con el comportamiento que de hecho presentan los sujetos objeto de observación (los jueces).

En cambio, se puede presumir que ello no sucederá si se sigue la siguiente ruta metodológica: observar y/o constatar lo que de hecho hacen o pueden hacer los jueces (una descripción), evaluar la misma según ciertos parámetros (una prescripción crítica) y, finalmente, proponer un modelo de juez que sea realmente posible de satisfacer en la praxis (una prescripción propositiva). Claramente, este segundo camino, a diferencia del primero, es el más confiable: se construye el modelo sobre la base de la información proporcionada por la realidad. Si ello es así, entonces es imperativo iniciar esta investigación determinando qué es lo que de facto hacen o pueden hacer los jueces al momento de realizar su función de resolver controversias y, por supuesto, ello exige tomar posición en torno a la difícil cuestión de la discreción judicial. Por lo demás, y esto prueba lo recientemente dicho, el problema del modelo de juez está claramente condicionado por la cuestión de la discreción judicial<sup>22</sup>. Así, por ejemplo, Dworkin no le concede a “Hércules” (su modelo de juez) el poder de crear Derecho porque, según su concepción de Derecho (como se verá en su momento), hay siempre en el ordenamiento jurídico una única respuesta correcta para todos los casos posibles y, como no podía ser de otra manera, en ese marco la tarea de Hércules es precisamente descubrir —y no inventar— esa única respuesta correcta; labor para la cual se requerirá, según este autor, una manera de razonar muy particular (donde la reflexión político-moral tiene un lugar privilegiado) y unas aptitudes personales que él mismo califica de “sobrehumanas”<sup>23</sup>. Por el contrario, si se asume como hacen algunos positivistas que los jueces sí tienen el poder de crear Derecho pero que, a pesar de ello, no toda creación de Derecho es

<sup>21</sup> Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 70.

<sup>22</sup> Por ejemplo, Ost desarrolla tres modelos de juez (Júpiter, Hércules y Hermes respectivamente) en función de tres distintas concepciones teóricas sobre la discreción judicial (Cfr. Ost, François. “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”. En: *Doxa*, N° 14, 1993, pp. 169-194).

<sup>23</sup> Cfr. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2° edición, 1989, pp. 176-208.

válida<sup>24</sup>, entonces irremediablemente la manera de razonar del juez variará: habrá un modelo de argumentación “válida” en el que las consideraciones morales no tendrán ninguna relevancia y un modelo de argumentación “correcta” en el que los criterios de “razonabilidad” jugarán un rol preponderante<sup>25</sup>. Bastan estos ejemplos para demostrar la necesidad metodológica de dar inicio a la investigación propuesta desde el problema de la llamada “discreción judicial”.

Un segundo orden de cuestiones vinculadas a la investigación propuesta se deriva, ya no de verificar qué tanto pueden hacer los jueces válidamente (una descripción), sino de estudiar cuál es el ámbito de actuación legítima que se le reconoce a los mismos en el marco de la concepción más elaborada sobre la democracia: el Estado constitucional de Derecho (una prescripción). Es decir, abordar el problema del modelo de juez compatible con la idea de democracia, más allá de la cuestión sobre la discreción judicial, exige también determinar cuáles son los criterios de legitimidad que éste debe satisfacer para que su decisión pueda ser presentada como “justificada” (una prescripción crítica). En tal sentido, a los efectos de construir un modelo de juez democrático que sea “factible”, tan importante como determinar si los jueces tienen o no discreción para crear Derecho (el punto de partida), es identificar cuáles son los criterios que se han propuesto para saber cuándo o de qué forma está justificada una intervención judicial y, por supuesto, optar por aquél o aquellos que, realmente, permitan discriminar una actuación judicial legítima de una ilegítima; asunto que, como se verá en su momento, será particularmente complicado en la lógica del Estado constitucional de Derecho.

En efecto, este modelo de organización estatal sigue la filosofía del “constitucionalismo” que, en líneas generales, entiende que no debe haber poderes descontrolados y, mucho menos, poderes ilimitados, a los efectos de evitar el despotismo y asegurar la libertad política<sup>26</sup>. Así, pues, de acuerdo con esta lógica, un instrumento jurídico llamado “Constitución” pasa a ser “el límite” al accionar del Parlamento y demás poderes públicos (y privados) y, muy importante, corresponderá a los jueces y tribunales la legítima función de controlar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales<sup>27</sup>. Evidentemente, el cumplimiento de esta prescripción

---

<sup>24</sup> Cfr. Asís, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho*. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 38-50 y 59-72.

<sup>25</sup> Cfr. Ibid., pp. 27-33.

<sup>26</sup> Cfr. Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Traducción de María Venegas Grau. Dykinson: 2001, pp. 183-201. En el mismo sentido, véase: Ansuátegui Roig, Francisco Javier. *De los derechos y el Estado de Derecho: Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 171-172.

<sup>27</sup> Cfr. Barranco Avilés, María del Carmen. “El papel del juez en el Estado constitucional”. En: *Anuario de filosofía del Derecho*, N° 22, 2005, pp. 113-130.

exigirá del juez una especial actitud: ser un “activista” o un controlador exigente de la validez constitucional de las decisiones políticas y privadas<sup>28</sup>... y esto añadirá ciertos elementos de complejidad al problema del modelo de juez. Y es que, de acuerdo con el método señalado anteriormente, habría que preguntarse ¿dicha forma de entender la función judicial y los criterios de legitimidad asociados a la misma, se corresponden con lo que de hecho sucede en la praxis? Si la respuesta es afirmativa, entonces se habrá dado con criterios de justificación que son “factibles” o “viables”. Pero, si la respuesta es negativa, no sólo se habrá descartado ciertos criterios sino que, además, aparecerá el problema de proponer criterios de legitimidad de la labor judicial alternativos que, a diferencia de los anteriores, sí puedan ser considerados “realizables”. Queda claro, entonces, que el problema de la legitimidad de la actuación judicial, también forma parte del problema de hallar el prototipo de buen juez viable en el marco del Estado constitucional de Derecho (el, para muchos, verdaderamente democrático).

Finalmente, es conveniente resaltar que cuando en el ámbito académico se interrogan por el “modelo de juez”, además de lo señalado en los párrafos precedentes, se preguntan por una serie de variables, actitudes, aptitudes y virtudes que debe tener un “buen juez”. Así, por ejemplo, para Dworkin la figura de Hércules encarna las actitudes y aptitudes que un juez debe tener y, sobre todo, la forma de argumentar y razonar que el mismo debe utilizar<sup>29</sup>. Por su parte, Guarnieri y Pederzoli han propuesto una tipología de modelos de juez tomando como referencia dos variables: capacidad para crear normas (alta o baja discrecionalidad judicial) y autonomía política (alta o baja independencia del Legislativo y del Ejecutivo)<sup>30</sup>. Asís, por otro lado, sostiene que un modelo de “juez razonable” se debe construir sobre la base de combinar principios de ética judicial (como la imparcialidad y la independencia)<sup>31</sup>, con las exigencias derivadas de los diferentes modelos de motivación judicial (suficiente, completa y correcta) tanto en el plano de la validez como en el de la corrección, añadiendo además criterios referentes a los controles y responsabilidades a los que debe estar sometida la actuación de los tribunales de justicia<sup>32</sup>. Malem, por su parte, se ha centrado en indagar acerca de los aspectos de la vida privada de los buenos jueces que, por afectar su imparcialidad, adquieren relevancia al momento de decidir una controversia, tales como la salud física o psicológica, las creencias morales, los caracteres de la personalidad, etc.<sup>33</sup>. En suma,

<sup>28</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, pp. 25-35.

<sup>29</sup> Cfr. Dworkin, Ronald. Op. Cit., pp. 176-208.

<sup>30</sup> Cfr. Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., pp. 65-72.

<sup>31</sup> Sobre la llamada “ética judicial” también puede verse: (i) Andrés Ibáñez, Perfecto. “Ética de la función de juzgar”. En: jueces para la democracia, 2001, N° 40, pp. 19-24; y (ii) del mismo autor, “Para una ética positiva del juez”. En: claves de la razón práctica, 2005, N° 152, pp. 26-33.

<sup>32</sup> Cfr. Asís, Rafael de. Op. Cit., pp. 150-158.

<sup>33</sup> Cfr. Malem Seña, Jorge F. “La vida privada de los jueces”. En: *La función judicial*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 163-179.

sintetizando lo dicho por estos autores, para la construcción de un modelo de juez propio, además de lo señalado en los párrafos precedentes, es necesario preguntarse: (i) por la forma en que éste debe “razonar”, (ii) por las “actitudes”, “aptitudes” y/o “virtudes” que debe tener tanto en su vida pública como privada, (iii) por los “controles” a los que su actuación debe estar sometida y (iv) por las “responsabilidades” a las que ésta puede dar lugar. Sin lugar a dudas, se está frente a un asunto sumamente complejo y, por tanto, de probado interés académico.

Pues bien, presentados de esta forma los muchos elementos que están detrás de la problemática del prototipo del buen juez, por una cuestión de orden, en esta tesina se va a empezar a abordar los problemas relativos a la discreción judicial y a la legitimidad de la actuación de los jueces y tribunales. Es decir, se deja para más adelante el estudio de la argumentación judicial, de las actitudes, aptitudes y/o virtudes que los jueces deben tener, de los controles a los que su actuación debe estar sometida y de las responsabilidades a las que ésta puede dar lugar. En tal sentido, con este trabajo de investigación se persigue, primero, describir objetivamente (es decir, más allá de apreciaciones subjetivas) qué tanto “puede hacer” válidamente un juez al momento de resolver controversias y, segundo, definir cuáles son los criterios de legitimidad que, en el marco del Estado constitucional de Derecho, le asisten al órgano jurisdiccional. A estos efectos, me he planteado como guía metodológica la siguiente hipótesis de partida: *“Dado que los jueces siempre crean la norma jurídica que finalmente aplican, todo fallo judicial es válido en términos jurídicos. Sin embargo, ello no quiere decir que toda resolución judicial sea legítima en el marco del Estado constitucional de Derecho. En éste, existen ciertos criterios procesales básicos que fijan un piso “mínimo” de legitimidad y, una vez cumplido con el mismo, elementos “carismáticos” que generan “confianza” en las partes del proceso (y, en general, en la ciudadanía) de que no devendrá en arbitraria la solución final que disponga el juez o tribunal correspondiente”*. Ésta será, pues, la brújula que guiará el desarrollo de esta tesina y, por consiguiente, a demostrar la misma estará dirigido todo mi esfuerzo.

Para cumplir con este objetivo, he creído conveniente dividir esta tesina en dos partes. En la primera de ellas, se estudia el problema de la discreción judicial pero como parte de un problema mayor: el carácter de “poder” de los jueces y tribunales. Esto es así porque, como se dijo, en la concepción tradicional de la democracia se asume un modelo de juez “boca muda” o, lo que es lo mismo, sin discreción alguna. Y si ello es así, como se demostrará a continuación, se asume también que los jueces y tribunales no ejercen un poder político verdadero (o, por lo menos, no en el mismo modo en que lo hacen el Legislativo y/o el Ejecutivo) y, por tanto, que no existe el “Poder Judicial”. En ese sentido, el problema del poder de los jueces es, al final, el problema de la discreción

judicial y viceversa. Así, pues, en la primera parte, se pasará revista a todas las posiciones que sobre esta materia se ha podido identificar (cuatro en total: tres clásicas y una contemporánea) y, por supuesto, se adoptará aquella que ofrezca la mejor explicación sobre lo que los jueces de hecho hacen –o pueden hacer–, al momento de resolver controversias (la tesis realista sobre la actividad judicial). De esta forma, el objetivo final de la primera parte será demostrar que, con ciertos matices, es correcta aquella tesis que caracteriza a los jueces como un poder discrecional jurídicamente ilimitado (en tanto el acto de juzgar es siempre un acto puro de la voluntad) y, por ello mismo, como un real “Poder Judicial”. Este será, pues, el ineludible dato fáctico sobre el cual tendrá que construirse el modelo de juez de la democracia.

En la segunda parte, por otro lado, se profundiza en el problema de la legitimidad de la actuación de los jueces en el marco del Estado constitucional de Derecho. Para ello, primero, a los efectos de tener claros los términos del debate (y la seriedad con la que debe ser abordado el mismo), se define qué se va a entender por “legitimidad”. Luego, se pasa a estudiar el papel que a los jueces se les asigna en el modelo de organización estatal señalado (unas prescripciones) y, a la luz de lo dicho en la primera parte (unas descripciones), se ponen de manifiesto: (i) las serias contradicciones que existen entre el modelo de juez asociado a la lógica del Estado constitucional de Derecho y lo que de hecho sucede en la praxis judicial (lo que prueba su inviabilidad), y (ii) cuál es el sentido de la idea de “democracia” compatible con la presencia de los jueces y tribunales como un real “Poder Judicial” (la que, por cierto, sería la que realmente está detrás de la idea de Estado constitucional de Derecho y, por tanto, la que tendría que ser tomada en cuenta a la hora de teorizar sobre el modelo de juez que en ese marco es deseable y posible de realizar). Finalmente, sobre la base de esto, se pasa revista a los criterios de legitimidad que han sido propuestos a los efectos de justificar la labor de los jueces y tribunales en términos democráticos. La idea que, al final, se va a sostener es que dada las falencias que presentan dichos criterios, en el marco del Estado constitucional de Derecho, por la forma en que éste está estructurado, sólo se puede apostar como criterios de legitimidad de la actuación judicial: (i) por el cumplimiento de ciertas exigencias procesales que fijarían un piso mínimo de legitimidad, y (ii) por ciertos elementos que, estando presente en la persona del juez, generarían “confianza” en las partes del proceso (y, en general, en la ciudadanía) de que no devendrá en arbitraria la solución final que el mismo disponga. Estos serían, entonces, los criterios de legitimidad que regularían la actividad del prototipo de buen juez del Estado constitucional de Derecho.

Antes de empezar, es conveniente hacer una breve mención sobre la metodología y la bibliografía que ha sido utilizada. Tal como se deduce de lo dicho hasta ahora, la



investigación propuesta puede ser calificada, según la clasificación de Umberto Eco, como “teórico-historiográfica”<sup>34</sup>. Ello es así porque, siguiendo la ruta “descripción - prescripción crítica - prescripción propositiva”, se va a reflexionar sobre un problema abstracto (el modelo de juez compatible con la idea de democracia) pero tomando en cuenta los desarrollos, parciales o integrales, hechos previamente por otros autores. Es decir, antes de plantearse una posición propia sobre los diversos temas que serán abordados a lo largo de la investigación, se estudiarán –y criticarán de ser el caso– los planteamientos que sobre los mismos ya han sido expuestos por otros estudiosos del Derecho (clásicos y contemporáneos). Dicho de un modo más sencillo, es “teórica” porque se pretende elaborar un planteamiento propio u original (ya sea descriptivo, ya sea prescriptivo) y es “historiográfica” porque no se va a realizar un razonamiento *ab initio* sino apoyándose en lo hecho previamente. En tal sentido, en cada etapa de la presente investigación, el método consistirá, primero, en identificar y explicar las principales posiciones existentes sobre el tema que en ese momento se esté tratando (ya sean descriptivas, ya sean prescriptivas) y, luego, en criticar y proponer planteamientos alternativos que resuelvan –o, por lo menos, ayuden a comprender– de una mejor manera el problema correspondiente. Y, desde luego, esto ha tenido una repercusión en la bibliografía utilizada: la misma incluye a los principales autores (clásicos y contemporáneos) que, en el ámbito nacional e internacional, han trabajado, integral o parcialmente, el problema del modelo de juez y, por supuesto, es la que me ha permitido identificar los sub-problemas que se abordan en el cuerpo de la presente investigación (tanto en la primera como en la segunda parte) y, sobre todo, cotejar diversas opiniones antes de criticar o cuestionar alguna de las tantas posiciones que, a lo largo de esta tesina, se ha tenido que enfrentar.

Para culminar estas palabras introductorias, quiero manifestar mi profundo y especial agradecimiento a la Dra. María del Carmen Barranco Avilés, asesora de la presente tesina, quien con sus oportunos comentarios y valiosas sugerencias contribuyó decididamente a mejorar el contenido y rigurosidad del presente trabajo de investigación.

---

<sup>34</sup> Cfr. Eco, Umberto. *Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*. Traducción de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibáñez. Barcelona: Gedisa, 1982, pp. 32-35.



## **PARTE I**

### **EL PROBLEMA DEL ALCANCE DEL “PODER” DE LOS JUECES**

#### **1. Planteamiento del problema: democracia y “poder judicial”.**

Una concepción de la democracia como la señalada en la introducción presupone –exige en verdad– una concepción de la actividad judicial como un “no poder”. Efectivamente, como ahí se dijo, los jueces para la noción tradicional sobre la democracia tan sólo cumplen una función instrumental: garantizar el gobierno del pueblo. De acuerdo con esa lógica, su única función es resolver controversias aplicando la Ley y, como tal, aplicar estrictamente la voluntad de la mayoría (estarían, pues, siempre subordinados al Parlamento). En ese sentido, en esta concepción, no habría ningún problema de legitimidad político-democrática con la actividad de los jueces: ésta siempre sería democrática porque éstos siempre ejecutarían el Derecho democráticamente producido. Por ello, en esta concepción de la democracia, el prototipo o paradigma de juez esperado, tanto para la teoría democrática tradicional como para el ciudadano promedio, no podría ser otro que el que Ost ha denominado, apelando a la mitología griega, como “Júpiter”; es decir, el juez que se corresponde con una visión “jupiterina” del Derecho, piramidal o jerarquizada, donde el elemento supremo u omnímodo es la Ley (o la Constitución) emitida por “Júpiter” (es decir, el pueblo, la voluntad suprema) y, por consiguiente, donde las decisiones de aquél (el juez) no son más que meras aplicaciones a-valorativas de la voluntad de éste<sup>1</sup>. En suma, en la concepción tradicional de la democracia se exige, tal como ampulosamente prescriben las Constituciones de los Estados de derecho contemporáneos, un modelo de juez que, al ser un “no poder”, está totalmente sometido al “imperio de la Ley”<sup>2</sup> (o, si se quiere, del Derecho en su conjunto) o, nunca mejor dicho, al imperio del órgano democráticamente autorizado para producir Derecho. Claramente, pues, la tesis de la compatibilidad entre jueces y democracia se basa en negar el carácter de “poder” de los primeros<sup>3</sup>. No obstante, si se demuestra que los jueces sí constituyen un poder en todo el sentido de la palabra, es decir, parafraseando a Weber, que pueden imponer, individual o colectivamente, su propia voluntad frente a la de los órganos de representación popular (el Legislativo o,

---

<sup>1</sup> Cfr. Ost, François. Op. Cit., pp. 172-176.

<sup>2</sup> Un buen ejemplo de esto lo encontramos en el numeral 1 del artículo 117º de la Constitución española que prescribe que “la justicia emana del pueblo y se administra (...) por Jueces y Magistrados (...) sometidos únicamente al imperio de la Ley”.

<sup>3</sup> En palabras de Troper: “Para sostener que el papel de los tribunales se conforma con la democracia es necesario negar que estos dispongan de un poder discrecional y sostener que se limitan a aplicar un derecho preexistente, sin poder expresar preferencias ideológicas o axiológicas, (...)” (Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”. En: *La función judicial*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, p. 212).

dependiendo de los sistemas, el Ejecutivo)<sup>4</sup>, entonces realmente sí habría un problema en términos político-democráticos.

Efectivamente, ¿cómo justificar que un grupo de individuos —o incluso uno solo— que no han sido elegidos directamente por la ciudadanía (como los parlamentarios, por ejemplo) y, como tal, que no responden políticamente por sus actos (no están sujetos a evaluación popular periódica), tengan el poder de imponer su voluntad?<sup>5</sup> ¿acaso no supondría la instauración del gobierno de una minoría, se supone especialmente “ilustrada”, en desmedro del gobierno democrático del pueblo?, ¿no supondría ello un insoportable elemento “aristocrático” en el seno de la democracia? En suma, ¿no se estaría frente al indeseable y temido “gobierno de los jueces”? Pues bien, lo que se quiere hacer en esta parte de la presente investigación, como ineludible paso previo en la ruta trazada hacia la configuración de un modelo “real” de juez democrático, es demostrar que esa concepción de juez exigida por la concepción tradicional de la democracia, dado que no tiene un correlato empírico que la sustente, es más ideológica que fáctica y, por tanto, que una investigación des-prejuiciada sobre el modelo de juez deseado debe de tomar como punta de partida el dato fáctico de que, de hecho, los jueces y tribunales se configuran en un poder que, en el sentido tradicional de la idea de “democracia”, no sólo no está presupuesto sino, incluso, es negado. Así, en esta parte, asumiendo un enfoque puramente descriptivo de la actividad judicial, se va a caracterizar a la misma como un poder jurídicamente ilimitado (en tanto que todo fallo judicial, sea el que sea, siempre será válido) y, como tal, ya en la segunda parte, se va a demostrar que la presencia de jueces y tribunales, con ese poder, solamente es compatible con un sentido de “democracia” muy alejado del que hasta acá se ha denominado como tradicional. Hacer ello nos permitirá, al finalizar la presente investigación, concluir que los jueces, por lo que pueden de hecho hacer —y algunas veces hacen—, constituyen un resquicio de poder “aristocrático” en el seno de las sociedades que llamamos democráticas; asunto que, como se verá en la segunda parte, exigirá poner más atención en aquellos criterios de legitimidad de la labor de los jueces que, siguiendo a Weber, podríamos llamar como “carismáticos”.

La primera cuestión a afrontar, entonces, es el problema de la existencia o no de un “real” Poder Judicial. Es el primer escollo a sortear. ¿Son, pues, los jueces un poder? Usualmente, como explica Troper, la negación del carácter de poder de los jueces se

---

<sup>4</sup> Max Weber define el término “Poder” de la siguiente manera: “Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad” (Weber, Max. *Economía y sociedad*. Traducción de José Medina Echevarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2º edición, 1964, p. 43). En adelante, cada vez que se use el término “poder” se hará en este sentido.

<sup>5</sup> Cfr. Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 11.

hace desde dos perspectivas: la “orgánica” y la “funcional”. Desde la primera, se niega que los jueces formen un poder porque, orgánicamente, no habría un poder judicial “único” (así como hay “un” poder legislativo o “un” poder ejecutivo); y, desde la segunda, se dirá que no constituyen un poder porque, en tanto su función consistiría únicamente en aplicar la Ley, no dispondrían de poder discrecional al momento de tomar sus decisiones (a diferencia, por supuesto, de lo que sucedería con el Parlamento)<sup>6</sup>. Efectivamente, para negar la existencia de un Poder Judicial “único” o en sentido “orgánico”, se dirá que existen muchos jueces y tribunales y que éstos, a diferencia del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo (que también están compuestos por varios órganos como, por ejemplo, las distintas cámaras en el Parlamento o los distintos ministerios en el Ejecutivo), no realizan actos parciales que contribuyen a formar la voluntad unitaria de un solo poder, sino que, por el contrario, emiten actos (las resoluciones o los fallos) del cual cada uno de ellos es su respectivo autor y, como tal, que no son imputables al Poder Judicial en su conjunto (como sí sucedería, por ejemplo, con las leyes que se imputan al “Poder Legislativo” y no a la cámara de diputados o a la cámara de senadores en forma separada)<sup>7</sup>. En otras palabras, según este planteamiento, el Poder Judicial (de existir claro está) no sería ejercido por un único órgano judicial sino que, por el contrario, sería ejercido por varios órganos judiciales que serían, en el ejercicio de sus funciones, orgánicamente independientes entre sí<sup>8</sup>.

Troper responde a este argumento señalando que, si bien es cierto no se puede identificar “un” Poder Judicial del mismo modo que se identifica un Poder Legislativo o un Poder Ejecutivo, razón por la cual la objeción tal y como está formulada es válida, también lo es que se puede hablar de “un” Poder Judicial si es que se enfoca el análisis en el órgano que está en la cúspide de la estructura jerárquica de la administración de justicia (la corte suprema, por ejemplo) y, sobre todo, en el enorme poder discrecional que tienen los jueces (en general) al momento de ejercer sus funciones<sup>9</sup>. Dicho en otros términos, a criterio de este autor, es posible sostener que existe “un” Poder Judicial si es que se toma en cuenta: (i) que siempre existe “un” órgano judicial supremo que tiene el

<sup>6</sup> Cfr. Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”..., pp. 209-220.

<sup>7</sup> Cfr. Ibid., pp. 210-211.

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, Andrés Ibáñez, aun cuando no rechaza el carácter de “poder” de jueces y tribunales, sí señalará que no existe un “único” órgano que sea el que detente el Poder Judicial: “Así, la expresión “poder judicial” para aludir al complejo institucional que habitualmente constituye su objeto, incluido ahora el Consejo General del Poder Judicial, es útil en cuanto tiene un valor descriptivo y evoca una realidad diferencial, pero siempre que no se pierda de vista que implica un uso extensivo y por tanto necesariamente impreciso del concepto. Porque ni el conjunto de órganos contenidos bajo aquella denominación, ni el CGPJ propiamente dicho, son detentadores de la potestad jurisdiccional, aquella cuya investidura habilita para hacer uso del “poder” de juzgar en cada caso. No hay un titular concreto y determinado de la potestad jurisdiccional —(...)—, sino que cada uno de los jueces y magistrados están investidos en el mismo grado e intensidad” (Andrés Ibáñez, Perfecto y Claudio Movilla Álvarez. *El Poder Judicial*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 21).

<sup>9</sup> Cfr. Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”..., p. 212.

poder de imponer, vía la jurisprudencia y la revisión judicial, una suerte de “unidad de criterio”, de forma “abstracta” y con alcance “general”, para todos los jueces de inferior jerarquía, y (ii), sobre todo, que todos los jueces, en especial aquellos que tienen el poder de decir “la última palabra”, cumplen su función de resolver controversias haciendo algo más (mucho más en verdad) que aplicar simplemente una suerte de Derecho pre-existente. Por tanto, de acuerdo con Troper, si hay “un” Poder Judicial en sentido orgánico, es porque existe “Poder Judicial” en sentido funcional en cada uno de los jueces y tribunales incluyendo, obviamente, al órgano supremo. Consecuentemente, para resolver el problema de la existencia o no de “un” Poder Judicial, es necesario primero haber resuelto la siguiente pregunta: ¿tienen o no los jueces, en general, discrecionalidad al momento de tomar decisiones?, es decir, ¿pueden hacer algo más que ceñirse a la voluntad popular?, es más, ¿están facultados para dejar de lado el texto de la Ley creada por el Parlamento para aplicar, al caso concreto, normas por ellos mismos producidas? En suma, ¿tienen los jueces y tribunales Poder Judicial en sentido funcional? Ésta es, pues, la pregunta que será tratada en esta parte de la presente investigación.

Antes de empezar, es necesario precisar una distinción que, en mi opinión, puede ser muy útil para realizar esta tarea. Tal como se desprende del párrafo precedente, el problema del poder de los jueces es el problema de la discreción judicial. Efectivamente, qué tanto poder tienen los jueces y tribunales es una pregunta cuya respuesta depende de resolver qué tanta discreción tienen al momento de desempeñar sus funciones. Pues bien, tal como Dworkin puso de manifiesto, existe una manera “débil” y otra “fuerte” de entender el término “discreción”. Con el primero, se dice que un juez tiene discreción si es que las normas jurídicas que éste debe aplicar exigen discernimiento o, lo que es lo mismo, que los estándares normativos que éste tiene la obligación de aplicar (y, por tanto, no sujetos a su voluntad), no pueden ser impuestos si es que no se hace de manera juiciosa<sup>10</sup>. Asimismo, siempre según Dworkin, también se dice que un juez tiene discreción débil si es que con eso se quiere resaltar el hecho de que éste es la autoridad judicial final y, por tanto, que su resolución, al ser definitiva, no puede ser revisada o anulada<sup>11</sup>. En cambio, cuando se habla de discreción en sentido fuerte, de acuerdo con Dworkin, se está queriendo decir que el juez, en lo que respecta a algún caso específico, simplemente no está vinculado por estándares normativos previamente impuestos por la autoridad legislativa correspondiente; es decir, que no existe deber jurídico alguno que le exija resolver el caso en cuestión de una forma determinada y, por tanto, que tiene libertad para decidir cómo resolver el mismo<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. Dworkin, Ronald. Op. Cit., pp. 84 y 131.

<sup>11</sup> Cfr. Ibid., pp. 84 y 131.

<sup>12</sup> Cfr. Ibid., pp. 85 y 131.

Como se puede apreciar, en lo que se refiere a la labor judicial, el primer sentido de discreción débil aparecería cuando el juez, para realizar sus funciones, tiene que respetar ciertos estándares normativos que delimitan su capacidad de decisión pero que, a la vez, le dan un margen para decidir cómo los aplica; es decir, cuando tiene que tomar una decisión pero dentro del espacio de discernimiento permitido por las normas jurídicas (que, se sobreentiende, son para él obligatorias). Sería un supuesto débil de discreción porque, con él, como explica Iglesias, se da cuenta del hecho de que el Derecho sí ofrece una respuesta para resolver el caso concreto pero que ésta, simplemente, debe ser aplicada por el juez con sensatez o cordura atendiendo a las particularidades que el supuesto específico ofrezca<sup>13</sup>. Vale decir, cuando las normas dejan un espacio al discernimiento del juez pero, a su vez, delimitan o restringen las posibles opciones que el mismo pudiera adoptar, entonces se está ante un caso de discreción en sentido débil. Así, pues, en este sentido débil de discreción, sea cual sea la decisión que finalmente adopte, el juez nunca impondrá su propia voluntad ya que, de alguna manera, siempre estaría aplicando alguna de las opciones previstas por el creador del Derecho: la autoridad legislativa respectiva. Consecuentemente, en la discreción débil el juez no crea Derecho, tan sólo aplica el pre-existente.

Algo distinto sucede con el sentido fuerte. Este sentido de discreción aparecería cuando el juez tiene que tomar una decisión en torno a una controversia pero sin estar vinculado por alguna regla jurídica preexistente y, por tanto, cuando tiene que crear, de esta forma, sus propias pautas o estándares normativos de resolución. Como dice Iglesias, este sentido de discreción “presupone la existencia de un ámbito en el que el derecho deja un margen de libertad al intérprete para determinar los estándares que guiarán su decisión”<sup>14</sup>. Sería un sentido fuerte del término porque con él, como explica la misma Iglesias en otro momento, se da cuenta del hecho de que, al no haber un estándar normativo que se le imponga al juez, éste tendrá plena libertad para construir las pautas normativas sobre la base de las cuales solucionará la controversia que se le presenta<sup>15</sup>. Es decir, cuando el juez no se encuentra sujeto a un estándar normativo emitido por la autoridad legislativa respectiva, entonces se dice que éste tiene discreción fuerte para resolver el caso particular que está en sus manos. Así, pues, si con el sentido débil se quiere hacer referencia a la presencia de estándares normativos que se le imponen al juez pero que exigen discernimiento al momento de su aplicación, con el sentido fuerte se hace alusión a aquellos supuestos para los cuales no existe estándar normativo que le

---

<sup>13</sup> Iglesias Vila, Marisa. El problema de la discreción judicial: Una aproximación al conocimiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 26-27.

<sup>14</sup> Ibid., p. 28.

<sup>15</sup> Cfr., Ibid., p. 29.

imponga al juez la obligación de fallar en uno u otro sentido. Está claro que, en este supuesto, el juez, al resolver la controversia, al no estar aplicando alguna opción prevista por el ordenamiento jurídico, estaría imponiendo su propia voluntad y, por tanto, estaría creando Derecho.

¿Y qué pasa con el segundo sentido débil distinguido por Dworkin? En mi opinión, este sentido no sería en estricto “débil” ya que también podría presentarse acompañado de un supuesto “fuerte”. Efectivamente, solamente sería débil si es que la autoridad judicial final ejerce su poder de decir “la última palabra” pero dentro de los márgenes permitidos por las normas jurídicas que está llamada a controlar. Y es que, como afirma Iglesias, “este sentido no presupone necesariamente la dificultad en la comprensión del Derecho o la existencia de un margen de autonomía judicial respecto al contenido de la resolución. (...) sólo hace referencia a atribuciones competenciales relativas a quién corresponde declarar, en última instancia, qué es lo que prescribe el Derecho”<sup>16</sup>. Por tanto, bien podría pasar que esa autoridad está ante un caso para el que no existe una norma jurídica previa (un genuino supuesto de laguna normativa) o, en virtud precisamente de su posición institucional (nadie puede revocar sus decisiones), estuviera tentada de optar por interpretaciones que escapan a los márgenes “permitidos” por el Derecho positivo. La cuestión es que, en cualquiera de los dos supuestos, se estaría ante un caso de discreción en sentido fuerte. Por tanto, este sentido de discreción resaltado por Dworkin es relativo a –u opera sobre la base de– los otros dos sentidos de discreción por él diferenciados. Por ello me quedaré tan sólo con el primer y tercer sentidos del término discreción<sup>17</sup>. Resumiendo, se puede hablar de discreción “débil” cuando el juez adopta una decisión aplicando juiciosamente una norma jurídica preexistente que le fija determinadas pautas o estándares normativos de resolución; y, por el contrario, de discreción “fuerte” cuando, al no haber pautas o estándares normativos preexistentes, lo hace aplicando una norma jurídica por él creada.

<sup>16</sup> Iglesias Vila, Marisa. Op. Cit., p. 28.

<sup>17</sup> No cabe duda de que podría cuestionarse la relevancia de esta distinción planteada por Dworkin. Por mi parte, adopto la misma porque me parece útil a los efectos de clasificar las distintas posiciones sobre la materia y, sobre todo, de caracterizarlas en términos de “poder” (la posibilidad de imponer la propia voluntad). Pero, y esto también es importante, hay que resaltar que esta distinción presupone que el Derecho preexiste al fallo judicial y, sobre todo, que determina objetivamente –es decir, al margen de las valoraciones subjetivas del propio juez– si existe o no un estándar jurídico que efectivamente regule el caso que está en cuestión... y éste es un presupuesto que no es compartido por todos los planteamientos que se estudiarán en este apartado, en especial por la llamada escuela realista americana. Así, pues, es posible argumentar que si al final no hay una regla o principio jurídico que le diga al juez cuándo está ante un caso que requiere discreción débil y cuándo discreción fuerte, entonces en última instancia terminará siendo un caso de discreción fuerte determinar si está ante un supuesto cuya respuesta está prevista en alguna regla o principio que le es de observancia obligatoria o, por el contrario, si está ante un supuesto cuya respuesta no está prevista en ninguna regla o principio jurídico. Y dado que no hay regla o principio que guíe esta decisión, entonces la misma quedará al leal saber y entender del juez y ello, como se dijo, implica un supuesto de discreción fuerte en la propia terminología de Dworkin.



Visto así el panorama, está claro que el primer supuesto no representa ningún inconveniente en términos democráticos ya que el órgano jurisdiccional, de alguna u otra manera, siempre se estaría sometiendo al imperio de la Ley y, como tal, estaría imponiendo la voluntad de la autoridad legislativa respectiva (ya sea ordinaria, ya sea constitucional) que se presume ha sido previamente manifestada y conocida por todas las personas. Entonces, si se demuestra que los jueces actúan de esa manera, no habría más opción que aceptar que éstos no serían un poder en sentido estricto. Con discreción débil, pues, no habría “Poder Judicial”. Sin embargo, el segundo supuesto sí que establece problemas de justificación en términos democráticos. Aquí el juez no se somete al imperio de la Ley y, como tal, termina imponiendo su propia voluntad, la misma que en ningún caso se puede presumir como previamente manifestada o conocida por todas las personas (las sentencias son ex-post). Es en este supuesto, pues, en el que sería un verdadero “Poder Judicial”. Éste es, entonces, el único sentido de discreción que permitiría calificar a los jueces como un “poder” real y, por tanto, es el que genera problemas en términos democráticos. Pues bien, ¿son los jueces un verdadero Poder Judicial?, es decir, ¿tienen discreción en sentido fuerte?

A mi juicio, resolver esta cuestión pasa por determinar qué es lo que hacen –o pueden hacer– válidamente los jueces al momento de cumplir con sus funciones; asunto que invariablemente reconduce el problema de la discreción judicial a la no menos problemática cuestión de la interpretación judicial. En efecto, tal como se ha dicho, para la concepción clásica de la democracia, la función de los jueces es la de resolver controversias pero sólo según las pautas normativas establecidas en el Derecho preexistente. Es decir, el juez soluciona conflictos, pero no según su propio criterio, sino de acuerdo con el previsto en las normas jurídicas democráticamente producidas. Los órganos judiciales, pues, tan sólo deben “aplicar el Derecho” existente al caso concreto que se les presenta o, lo que es lo mismo, adoptar su decisión (el fallo) sobre la base de lo señalado en alguna norma jurídica emitida por el legislador (ya sea constitucional, ya sea ordinario)<sup>18</sup>. Nada más. Si ello es así, en esta concepción, se asume que éstos “conocen” el Derecho o, al menos, que están en aptitud de conocerlo. Y es que, ¿cómo podrían aplicar el Derecho a un caso concreto si es que no saben qué es lo dispuesto por el mismo? Tomar conocimiento, entonces, de aquello que está jurídicamente prohibido o permitido, es fundamental para que los jueces puedan cumplir con su misión. Así, en esta lógica, conocer lo que dicen las normas jurídicas es condición previa y necesaria

---

<sup>18</sup> De acuerdo con Moreso, la expresión “aplicación del Derecho” puede ser entendida de dos formas: (i) como la actividad de decidir un caso de acuerdo con las normas jurídicas que lo integran, o (ii) como el resultado de esa actividad, es decir, el fallo en sí mismo (Cfr. Moreso i Mateos, Josep Joan. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Barcelona: UOC, 2006, pp. 121-122). En adelante, cuando utilice la expresión “aplicar el Derecho” sólo lo haré en el primer sentido señalado por Moreso. Por tanto, diré que un juez está “aplicando el Derecho” si el proceso que sigue para adoptar una decisión está basado en normas jurídicas; es decir, cuando su razonamiento utiliza como premisa mayor una norma jurídica.

para poder aplicar las mismas. Asumiendo que es posible hacer ello<sup>19</sup>, la pregunta entonces es ¿cómo lo hacen?, es decir, ¿cómo hacen los jueces para tomar conocimiento de los mandatos contenidos en las normas jurídicas?

Es un dato comprobable empíricamente que el Derecho se expresa a través del lenguaje natural, es decir, que utiliza los mismos signos lingüísticos que usamos los seres humanos para comunicarnos entre nosotros (palabras, frases, oraciones, etc.)<sup>20</sup>. En ese sentido, al existir plena identidad entre lenguaje jurídico y lenguaje natural, un enunciado jurídico del tipo “el que mata a otro será sancionado a...” no será más que un enunciado lingüístico por medio del cual se expresa una norma jurídica sancionatoria que dispone que “aquel que mata a otro debe ser sancionado a...”. Como ello es así, entonces, resulta que, al igual que los enunciados lingüísticos, los enunciados jurídicos también poseerán algún “significado” y, como es lógico suponer, ese significado, cualquiera que sea, será el mandato, la prohibición, la obligación, la autorización, etc., exigida por el Derecho. Consecuentemente, determinar el significado de los enunciados jurídicos será necesario para determinar cuál es la norma jurídica que el mismo expresa. Y es, precisamente, en ese momento en donde aparece la “interpretación judicial” como aquel proceso, necesario y problemático, realizado por el juez, por medio del cual se pasa del “enunciado jurídico” (ese conjunto ordenado de significantes lingüísticos que expresa la conducta exigida por el Derecho) a la “norma jurídica” (el significado que expresa el conjunto ordenado de significantes lingüísticos del enunciado jurídico); y, por tanto, como aquel paso previo y necesario al proceso de “aplicación del Derecho”.

Efectivamente, que la interpretación jurídica es necesaria y problemática en el proceso de aplicación jurídica, parece ser una cuestión que actualmente no admite discusión. Y es que, como dice Guastini, “el lenguaje natural no está sujeto a reglas semánticas y sintácticas bien definidas. El significado de los enunciados del lenguaje natural, por tanto, es fatalmente indeterminado. De ahí nacen los problemas de la interpretación”<sup>21</sup>. Es un hecho, pues, que en el lenguaje natural, que es también el lenguaje del Derecho, el significado de las palabras o de los enunciados lingüísticos (semántica), así como la forma en que los signos lingüísticos deben ser ordenados para expresar una idea (sintaxis), no está predeterminado. Al final, todo dependerá de cómo se usen los significantes lingüísticos, el contexto en el que se expresen y, sobre todo, de cómo sean comprendidos los mismos por los receptores, asunto este último que variará en función

<sup>19</sup> Como dice Ezquiaga, “el deber judicial de sujeción al Derecho (o de sometimiento “únicamente al imperio de la ley”, como indica el art. 117.1 de la CE) depende, para ser cumplido y exigido, de que sea posible conocerlo, cuestión altamente problemática” (Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. Op. Cit., p. 127). Sobre si es posible o no, es una cuestión que no será abordada en este trabajo de investigación.

<sup>20</sup> Cfr. Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell. México: Porrúa, 3ª edición, 2001, p. 57.

<sup>21</sup> Ibid., p. 57.

de sus experiencias, características personales, conocimientos, actitudes, etc. De ahí que no sea difícil aceptar que los “enunciados jurídicos” que expresan “normas jurídicas” están formulados en un lenguaje que, por definición, es indeterminado (aunque, como veremos luego, no es absolutamente indeterminado) y, por tanto, que puede llegar a tener diversos significados en función de las variables señaladas líneas arriba<sup>22</sup>... y, precisamente por eso, es que la interpretación es necesaria y problemática. Necesaria porque, como es fácil de suponer, antes de aplicar una norma jurídica a una situación concreta, primero, hay que determinar el significado del enunciado jurídico que la contiene para saber qué se está mandando, prohibiendo, obligando, autorizando, etc.<sup>23</sup>; y problemática porque se le pueden asignar diversos significados a los signos lingüísticos que utiliza el enunciado jurídico (sobre todo, del lado de los receptores), haciendo de la misma una actividad compleja<sup>24</sup>.

Expuesto así el problema y la necesidad de la interpretación jurídica, como idea básica, se puede decir que la interpretación, en general, viene a ser aquel proceso por medio del cual una persona (el intérprete) determina el significado que expresa o manifiesta un signo o significante lingüístico. Es decir, “interpretar significa pasar del signo [la palabra] (...) a la cosa designada [la idea] (...), esto es, comprender el significado de un signo determinando la cosa que él indica”<sup>25</sup>. En sencillo, interpretar significa decir: “Y significa Z”. En tal sentido, la interpretación jurídica será aquel proceso por medio del cual el intérprete (el juez, por ejemplo) determina el significado (la norma jurídica) que expresa el conjunto ordenado de significantes lingüísticos con el que está formulado un texto normativo (el enunciado jurídico)<sup>26</sup>. Nada más. Ahora bien, en función del objeto sobre el que recae la interpretación jurídica (los enunciados jurídicos), es usual que se distingan dos conceptos de interpretación: el estricto y el amplio. En sentido estricto,

<sup>22</sup> Es, precisamente, esta indeterminación estructural del lenguaje jurídico la que exige, en palabras de Guastini, “distinguir cuidadosamente entre los enunciados normativos –las “disposiciones” como se suele decir– y las normas, entendidas como significados: entre las dos cosas, de hecho, no se da un correspondencia bi-unívoca. Muchos enunciados normativos son ambiguos: expresan dos (o más) normas alternativamente. Muchos enunciados normativos (quizás todos los enunciados normativos) tienen un contenido de sentido complejo: expresan y/o implican una pluralidad de normas conjuntamente” (Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2008, p. 32).

<sup>23</sup> Ello sería así porque, según Moreso, “en Derecho, nos interesa determinar el significado de determinados textos para aplicar las reglas generales a casos individuales” (Moreso i Mateos, Josep Joan. Op. Cit., p. 109). Vale decir, si no se determina primero el significado del enunciado jurídico que se cree aplicable, será imposible luego aplicar al caso concreto la norma jurídica que supuestamente el mismo contiene.

<sup>24</sup> Como explica Peces-Barba: “El lenguaje jurídico no es sólo un tipo de lenguaje especializado sino que además, se caracteriza por la utilización de términos ambiguos, vagos y emotivos. Esto hace que la interpretación sea una actividad compleja y con fuerte carga valorativa” (Peces-Barba Martínez, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Madrid: UC3M / BOE, 1999, p. 571).

<sup>25</sup> Bobbio, Norberto. El positivismo jurídico. Traducción de Rafael De Asís y Andrea Greppi. Madrid: Debate, 1993, p. 216.

<sup>26</sup> Cfr. Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*..., p. 30. En el mismo sentido: Moreso i Mateos, Josep Joan. Op. Cit., p. 112.

“interpretación se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación”; es decir, para esta acepción, “interpretación significa en pocas palabras: decisión en torno al significado no de un texto cualquiera en cualquier circunstancia, sino (sólo) de un texto oscuro en una situación dudosa”<sup>27</sup>. Por el contrario, en sentido amplio, “interpretación se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias” y, por tanto, en este sentido, “cualquier texto, en cualquier situación, requiere interpretación”<sup>28</sup>. Para el sentido amplio, pues, “cualquier decisión en torno al significado de un texto, no importa si es “claro” u “oscuro”, constituye interpretación”<sup>29</sup>.

Como se puede apreciar, la diferencia entre ambos conceptos es que mientras que el primero presupone que, en el Derecho, existen enunciados jurídicos, de un lado, “claros y precisos” y, de otro, “oscuros y ambiguos”, siendo estos últimos los únicos que requerirían interpretación (el significado de los primeros estaría claro)<sup>30</sup>; el segundo entiende que es irrelevante si, en el Derecho, hay formulaciones normativas “claras y precisas” u “oscuras y ambiguas”. Interpretar solamente implicaría atribuir un significado a un enunciado<sup>31</sup>. Nada más... y ello sucedería siempre ya que, incluso, será la interpretación la que le dirá al intérprete, al momento de realizar esta actividad, si un texto es claro u oscuro<sup>32</sup>. Como dice Peces-Barba, “cuando no hay duda sobre el significado de una expresión es porque es fácilmente interpretable”<sup>33</sup>. Vale decir, un enunciado normativo, al margen de si es claro u oscuro, siempre es interpretable, aunque ciertamente en el primer caso la labor de determinar su significado aparezca, a los ojos del intérprete, como más sencilla. Por estas razones, considero que el sentido estricto de la interpretación es reconducible al sentido amplio (aunque, como se verá en su momento, este sentido no es compartido por todas las concepciones sobre la interpretación que se estudiarán en este apartado). Por tanto, en mi opinión, la interpretación “jurídica” será el proceso por medio del cual una persona (el intérprete) determinará el significado de un enunciado jurídico, ya sea que éste, a su juicio, aparezca como claro u oscuro. Y si ello es así, entonces no cabe la menor duda de que

<sup>27</sup> Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica...*, pp. 3-4.

<sup>28</sup> Ibid., p. 5.

<sup>29</sup> Ibid., p. 5.

<sup>30</sup> Este concepto de interpretación sería expresión de una vieja máxima jurídica que dice “In claris non fit interpretatio” o “Interpretatio cessat in claris” que, como explica Moreso, significa que “cuando un texto normativo está claro, no necesitamos interpretarlo porque podemos seguirlo sin interpretación; la interpretación sólo es necesaria cuando tenemos dudas sobre el significado del texto” (Moreso i Mateos, Josep Joan. Op. Cit., p. 113).

<sup>31</sup> Como dice Troper: “(...) toda aplicación de un texto (...) implica la previa interpretación de ese texto” (Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado...*, p. 274).

<sup>32</sup> Cfr. Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica...*, pp. 7-8.

<sup>33</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio. Op. Cit., p. 570.

los jueces, aunque digan lo contrario, siempre interpretan los enunciados normativos que se ponen a su consideración. La interpretación, pues, es el paso previo y necesario al proceso de aplicación normativa<sup>34</sup>. En tal sentido, si los jueces y tribunales siempre tienen que interpretar los enunciados jurídicos a los efectos de determinar qué norma jurídica deben aplicar, entonces es evidente que el problema de la discreción judicial (y del “poder” de los jueces), al final, será el problema de determinar si el acto de interpretación judicial implica únicamente la reproducción del Derecho existente “ex-ante” (con lo cual el acto de interpretación, a lo más, sería un supuesto de discreción débil) o, por el contrario, la producción “ex-post” de un nuevo Derecho que es el que finalmente se aplica (con lo cual el acto de interpretación sería un supuesto de discreción fuerte).

En otras palabras, hay que responder las siguientes preguntas: ¿qué es realmente la interpretación judicial?, ¿la misma consiste tan sólo en “descubrir” el “único” significado, la norma jurídica, que oculta un enunciado jurídico o, por el contrario, en “decidir” atribuirle “un” significado al mismo de todos los posibles, ejercicio para el cual el intérprete (como un juez) tiene plena y total discreción? Es decir, hay que evaluar si determinar el significado de un enunciado jurídico constituye un acto del “conocimiento” (descubrir su significado oculto) o un acto de la “voluntad” (decidir discrecionalmente qué significado se le atribuye). Pues bien, en la literatura jurídica contemporánea, existen cuatro distintas teorías o concepciones sobre la interpretación que pretenden dar respuesta a estas preguntas: (i) la teoría cognitiva de la interpretación que visualiza el acto de interpretar como un acto puro del “conocimiento” (acá los jueces tienen discreción nula o, en todo caso, discreción débil); (ii) la teoría escéptica de la interpretación que, por el contrario, se imagina a la misma como un acto puro de la “voluntad” (para ella los jueces siempre actúan con discreción fuerte); (iii) la teoría intermedia (llamada por Guastini como “neo-cognitismo contemporáneo”<sup>35</sup>) que, a diferencia de las dos anteriores, presentará la interpretación como un acto a veces del conocimiento y a veces de la voluntad (en ésta los jueces sólo actúan con discreción fuerte en los supuestos de lagunas normativas, mientras que en los demás casos o bien no deciden nada o bien lo hacen en forma débil); y (iv) la teoría de la determinación “mínima” del Derecho que, diferenciándose de todas las anteriores, sostendrá que la interpretación es un acto del conocimiento y de la voluntad a la vez (para ésta los jueces, primero, actuando a lo más con discreción débil, descubren cuál es el marco interpretativo que permite el enunciado jurídico y, luego, actuando con discreción

<sup>34</sup> Aun cuando Moreso, al parecer, se pliega a un concepto estricto de interpretación, al final, terminará diciendo que “la interpretación del derecho es un paso previo necesario para su aplicación. No existe aplicación sin interpretación” (Moreso i Mateos, Josep Joan. Op. Cit., p. 122).

<sup>35</sup> Cfr. Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional...*, pp. 40-41.

fuerte, deciden asignar alguna de las opciones que caben en dicho marco). Consecuentemente, adoptar una de estas posiciones –o, eventualmente, defender una propia– será determinante para resolver el problema del carácter de poder de los jueces y tribunales. A continuación, se van a presentar los postulados de estos planteamientos (puntos 2 y 3) y, posteriormente, en el punto 4, presentaré las críticas que se han hecho a los mismos. Será en ese momento, entonces, en que adoptaré una posición sobre el problema de la interpretación judicial y, por consiguiente, sobre el problema de los alcances de la discreción judicial (o, lo que es lo mismo, del poder de los jueces).

## **2. La negación del carácter de “poder” de los jueces y tribunales: la tesis cognitiva de la interpretación judicial.**

En este punto, se van a estudiar las posiciones que, de alguna u otra manera, defienden que el acto de interpretar un enunciado jurídico es un acto cognoscitivo o del conocimiento (o re-productor del Derecho preexistente) y, por tanto, que la labor interpretativa del juez consiste tan sólo en encontrar o en descubrir el significado “oculto” que el mismo contiene. Efectivamente, tal como señala Guastini, la teoría cognitiva “sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores (típicamente, la autoridad legislativa)”<sup>36</sup>. Es decir, según esta teoría, la interpretación simplemente tendría por objeto “descubrir”, o bien el significado objetivo que supuestamente expresaría el conjunto ordenado de los signos lingüísticos en los que está formulado el enunciado jurídico, o bien la voluntad subjetiva del órgano político que produjo el texto normativo. La interpretación jurídica, pues, sería un acto puro del “conocimiento”: con ella se persigue descubrir o “tomar conocimiento” de la única norma jurídica que el enunciado jurídico expresa. De esta forma, los enunciados interpretativos (es decir, el producto de la interpretación) tan sólo serían enunciados propios del discurso descriptivo (“describen” el significado de los textos normativos) y, por lo tanto, serían susceptibles de ser verdaderos o falsos<sup>37</sup>. Dicho en otros términos, para los defensores de este planteamiento sólo existiría una interpretación correcta y/o verdadera: sería aquella que describe el significado real del enunciado jurídico. Cualquier interpretación distinta sería errónea y/o falsa<sup>38</sup>.

Como es fácil de suponer, para la teoría cognitiva, la labor interpretativa del juez aparece como un simple acto del conocimiento y, como tal, éstos tan sólo reproducirían el Derecho existente “ex-ante” (los significados, las normas jurídicas, preexisten al

<sup>36</sup> Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica...*, p. 13.

<sup>37</sup> Cfr. Ibid., pp. 13-14.

<sup>38</sup> Cfr. Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional...*, p. 39.

proceso de interpretación). No habría espacio alguno, entonces, para la discrecionalidad judicial en sentido fuerte (el juez no crea el significado, lo descubre). Los jueces, en esta postura, nunca crearían Derecho y, por tanto, no serían un poder verdadero. Son posiciones, pues, negadoras del carácter de poder de los jueces y tribunales. Dos planteamientos son los que se pueden ubicar bajo este rubro. De un lado, está la doctrina clásica sobre la interpretación que, negando que los jueces tengan si quiera discreción en sentido débil, afirma que éstos tan sólo aplicarían las normas emitidas por el legislador, sin siquiera llevar a cabo un juicio de valor. Ésta posición, que podríamos denominar “determinista” o “mecanicista”, fue la defendida por el positivismo clásico o decimonónico. De otro lado, dentro del cognitivismo también pero sin llegar a ser determinista, están aquellos planteamientos contemporáneos que se imaginan la labor de los jueces, en los casos difíciles, como siempre discrecional pero sólo en sentido débil. Aquí se puede ubicar a las posiciones anti-positivista de Dworkin y post-positivista (o constitucionalista) de Atienza. Para estos autores, la labor de los jueces no sería determinista pero tampoco sería “creacionista”: que los jueces, en los casos difíciles, no apliquen mecánicamente la legislación no significa que no estén aplicando algún estándar normativo previsto en el Derecho, eso sí, adecuadamente entendido.

## **2.1 La tesis mecanicista o determinista de la interpretación judicial: el juez como un poder “nulo”.**

Esta tesis sobre la interpretación judicial, es la que fue defendida por el primer positivismo teórico, es decir, por el positivismo entendido ya no como una forma de aproximación al Derecho (positivismo metodológico), sino como una teoría o una concepción particular sobre el mismo. Este planteamiento, apelando a la tesis que representa la labor de cada juez o tribunal bajo la figura de un “silogismo”, defenderá una concepción mecanicista o determinista de la interpretación judicial, posición que se remontará a los planteamientos de los teóricos de la revolución francesa, en especial, Montesquieu<sup>39</sup>. En efecto, tal como resalta Dorado, entre otras, esta primera versión del positivismo (también llamado “positivismo decimonónico”) defendía la tesis mecanicista de la interpretación judicial, “conforme a la cual la labor del juez puede reducirse a la aplicación mecánica –y por tanto libre de valores– de la ley en la forma de un silogismo”<sup>40</sup>. De acuerdo con este postulado, el juez únicamente verifica que el caso

---

<sup>39</sup> “En la concepción revolucionaria, pero también en la napoleónica, no existe un poder judicial. Juzgar, en efecto, es aplicar la ley a un litigio de manera puramente mecánica. El juez establece un silogismo cuya premisa mayor es la ley; la menor, el hecho y la conclusión, la sentencia. En la medida en que las dos premisas le son dadas al juez, se comprende por qué los hombres del siglo XVIII quieren que el poder de juzgar sea, según la fórmula de Montesquieu, en cierto modo nulo” (Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado...*, p. 212).

<sup>40</sup> Dorado Porras, Javier. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 29. De acuerdo con Bobbio, el positivismo clásico

concreto que se está sometiendo a su conocimiento (la premisa menor) está o no dentro del ámbito de aplicación de la norma jurídica que se está invocando (la premisa mayor), de forma tal que la sentencia es simplemente el resultado de la operación lógica de subsumir la premisa menor en la premisa mayor. Es decir, para el primer positivismo, al efectuar su labor los jueces no tienen ningún grado de discrecionalidad y, por tanto, no crean Derecho, simplemente aplican el preexistente, asunto que se reducirá a la reproducción del Derecho previamente emitido por el órgano legislativo correspondiente. Al parecer, para esta versión del positivismo, el lenguaje del Derecho es plenamente determinado y, por tanto, el significado de los enunciados jurídicos sería fácilmente extraíble. Es, pues, una tesis mecanicista o determinista porque, como dice Atienza, considera que “se puede juzgar sin decidir”<sup>41</sup>. Y en tanto el juez aparece como un simple re-productor del Derecho emitido por el órgano legislativo, sin hacer si quiera el más mínimo ejercicio de discreción, será un poder “nulo”. No habría, en suma, Poder Judicial.

Esta forma de presentar la labor de los jueces no puede ser entendida si es que no se toman en cuenta sus postulados centrales y las ideas sobre las cuales éstos se apoyan. Como señala Barranco, este planteamiento (que llama el “método jurídico tradicional”) se reduce a cuatro proposiciones: (i) el juez es un mero aplicador del Derecho legislado, (ii) el juez está sometido a los valores expresados en el propio Derecho, (iii) el Derecho es pleno, coherente y claro, y (iv) el legislador es un ser “racional” que tiene la capacidad de prever todas las posibles situaciones y de evitar que en el Derecho hayan normas contradictorias; proposiciones todas ellas que, a su vez, se basan en tres ideas clave: el principio democrático de legitimidad (la voluntad democrática legítima es la del legislador), la desconfianza hacia el juez (carece de legitimidad democrática y, por tanto, su “poder” debe ser nulo) y la creencia en el carácter racional del Derecho (el Derecho encierra en sí la solución a cualquier caso que se presente)<sup>42</sup>. Es decir, la tesis determinista es una explicación sobre la interpretación que, como se puede apreciar fácilmente, es perfectamente compatible con los postulados ideológicos que sustentan la concepción tradicional de la democracia. Y es que no cabe duda que representar la labor de los jueces y tribunales (incluyendo los supremos) como un “silogismo” es la forma

---

o decimonónico “concibe la actividad de la jurisprudencia [la interpretación] no como algo destinado a producir, sino a reproducir el Derecho, es decir, a hacer explícito con medios puramente lógico-rationales el contenido de unas normas jurídicas dadas. (...)” (Bobbio, Norberto. Op. Cit., p. 216).

<sup>41</sup> Atienza, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”. En: *Cuestiones judiciales...*, p. 11.

<sup>42</sup> Cfr. Barranco Avilés, María del Carmen. “Sobre el método jurídico tradicional como ficción”. En: *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 603-611. En el mismo sentido se pronuncia Peces-Barba que señala que el primer positivismo aparece en un momento histórico (el tránsito a la modernidad) marcado por la defensa del principio del legislador racional y, sobre todo, por la contemplación de la actividad judicial como la boca muda que pronuncia las palabras de la Ley (Cfr. Peces-Barba Martínez, Gregorio. Op. Cit., p. 574).



más segura de sostener la plena compatibilidad entre el sistema de jueces y el gobierno del pueblo en virtud de la regla de la mayoría<sup>43</sup>. Sólo así el gobierno de la Ley seguiría siendo patrimonio exclusivo del pueblo (o de sus representantes elegidos)<sup>44</sup>.

Esta versión del planteamiento cognitivo, hoy por hoy, prácticamente ha sido abandonada<sup>45</sup>. Como se verá luego, los autores positivistas contemporáneos o bien suscriben la tesis intermedia o bien la tesis de la determinación mínima del Derecho y, por tanto, reconocen espacios de discrecionalidad en sentido fuerte a la hora de interpretar los enunciados jurídicos. Curiosamente, ante el abandono de los positivistas de esta forma de entender la función judicial, una variante de la misma es defendida, en la actualidad, por autores “anti-positivistas” como Ronald Dworkin o “post-positivistas” como Manuel Atienza. En efecto, estos importantes autores, sin apartarse de las coordenadas de la teoría cognitiva, defienden que, en tanto los enunciados jurídicos no son plenamente determinados, por la interpretación los jueces sí tienen discreción para fijar los diversos sentidos posibles de un estándar jurídico (es decir, rechazan la tesis mecanicista) pero, y esto es clave, también defenderán la existencia dentro del ordenamiento de una sola respuesta “correcta” para cada caso concreto (Dworkin) o, en todo caso, la presencia de algunas respuestas “más” correctas que otras (Atienza). Es decir, para estos autores, los jueces nunca actúan con discreción fuerte porque, para ellos, siempre hay un estándar normativo pre-existente que resuelve el caso concreto. La tarea de éstos, precisamente, estaría en descubrir –y, luego, aplicar juiciosamente– el sentido correcto de ese estándar.

## **2.2 La ausencia de casos no regulados y la única respuesta correcta.**

Empecemos por Dworkin. Como se sabe, el profesor estadounidense expresa sus puntos de vista en debate con un autor positivista: el profesor inglés H. L. A. Hart. En efecto, a diferencia de éste, Dworkin sostendrá que en el Derecho siempre existe una respuesta correcta para cada caso concreto y, por tanto, que es falsa la tesis positivista de Hart de

---

<sup>43</sup> Como dice Troper, en referencia a la doctrina mayoritaria en Francia: “(...), se admite después de Montesquieu que juzgar no constituye un poder, porque la función del juez consiste en obtener la conclusión de un silogismo, del cual la ley es la premisa mayor y el hecho la menor. Siendo que la única fuente del derecho es la ley, que es expresión de la voluntad general, debido a que emana del pueblo o de sus representantes, un juez que produjera derecho sería una autoridad antidemocrática. Así, la manera más segura de sostener que el sistema es efectivamente democrático consiste en negar que el juez posea cualquier participación en la producción del derecho. (...)” (Troper, Michel. *Ensayos de teoría constitucional*. Traducción de Bernardo Bolaños. México DF: Fontamara, 2004, p. 128).

<sup>44</sup> Es por ello que, como explica Guastini, esta forma de presentar la labor judicial es la que “está inscrita, incorporada, en muchas instituciones del Estado moderno: en particular, en la separación de poderes, así como en todos los controles de legitimidad de los actos de los poderes públicos (lo que incluye el control de legitimidad constitucional de las leyes)” (Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional...*, p. 40).

<sup>45</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 40; y Moreso i Mateos, Josep Joan. *Op. Cit.*, p. 118.

que en el Derecho hay lagunas normativas (o supuestos no regulados por el sistema jurídico) y de que, en estos casos, el juez tiene discreción fuerte para decidir cómo resolverlos. Es decir, para Dworkin, para todo caso concreto siempre existe una –y sólo una– respuesta correcta, la misma que viene impuesta por el Derecho existente “ex-ante”. El juez, en este planteamiento, nunca crearía sus propios estándares de resolución. El Derecho, pues, siempre se los proveería. Su trabajo consistiría simplemente en “encontrarlos”.

Veamos con un poco más de detalle este planteamiento. La base de la argumentación de Dworkin está en la noción de “principio”. En ello reside, precisamente, la primera crítica que este autor hace a Hart. Como se verá en su momento, Hart llama “reglas” a las normas jurídicas válidas, es decir, identificables mediante la “regla de reconocimiento” y afirma que hay dos tipos de reglas: las primarias y las secundarias. Las primeras establecen libertades, derechos, deberes, sanciones, etc., mientras que las segundas otorgan facultades de creación, extinción, modificación y/o adjudicación de reglas primarias. Pues bien, de acuerdo con Dworkin, esta clasificación no permite distinguir las normas primarias del tipo “quien mata a otro será sancionado con una pena privativa de libertad de...” de las normas también primarias del tipo “nadie puede aprovecharse de su propio dolo” (ambas son “primarias” porque establecen derechos, deberes, obligaciones, sanciones, etc.). Aun cuando, por intuición, es posible darse cuenta de que existe una distinción (la primera parece ser mucho más precisa que la segunda), Hart en su obra “El concepto de Derecho” no habla de la misma. Dworkin sí lo hace y señala que mientras que las primeras son “reglas” las segundas son “principios”. ¿Y en qué consiste la diferencia? Más allá de la mayor o menor indeterminación normativa, Dworkin afirma que la distinción está en un nivel lógico que tiene dos aspectos: (i) mientras que las reglas se aplican en un esquema “todo o nada” (si un caso cae en el supuesto de hecho de una regla válida, ésta se aplica indefectiblemente), los principios se aplican según el “peso relativo” que adquieren en el caso concreto (para saber si son aplicables, primero, es necesario evaluar si colisionan con otros y, luego, decidir juiciosamente cuál prevalece en el caso específico); y (ii) mientras que el conflicto normativo entre reglas se soluciona preguntándose si una deroga o establece una excepción con respecto de la otra (sin importar cuál es más importante para el caso concreto), el conflicto entre principios se soluciona “sopesando” o “ponderando” el valor relativo o la importancia de cada principio en una situación determinada (el más importante en el caso concreto es el que prevalecerá)<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Cfr. Dworkin, Ronald. Op. Cit., pp. 74-80.

Una vez sentado, para Dworkin, que en el Derecho junto a las reglas hay principios<sup>47</sup>, aparece el problema de si los mismos son o no obligatorios para los jueces, asunto que será fundamental para determinar si éstos, a pesar de que los principios pueden ser interpretados de muy diversas maneras, tienen discreción fuerte o no. Y es que, como Dworkin señala: “Da lo mismo decir que cuando un juez se queda sin normas [reglas] tiene discreción, en el sentido de que no está limitado por estándar alguno procedente de la autoridad jurídica [discreción fuerte], que decir que los estándares jurídicos que citan los jueces, y que no son normas [los principios], no son obligatorios para ellos”<sup>48</sup>. Es decir, Dworkin pone de manifiesto el problema de la discreción fuerte en relación con los principios utilizados por los jueces en sus resoluciones: si los jueces cuando no hay reglas se las inventan pero apoyándose en un principio, y se dice que han creado Derecho, entonces no cabe más que afirmar también que ese principio no era para él jurídicamente obligatorio. Pero si se dice que sí lo era, entonces lógicamente se tiene que decir también que al aplicarlo el juez no creo nada que no estuviera ya previsto en el Derecho entendido, eso sí, como el conjunto de reglas y principios. En tal sentido, en la lógica de Dworkin, si se afirma que los principios son jurídicamente obligatorios, entonces negamos la tesis de la discreción judicial en sentido fuerte... y, evidentemente, Dworkin opinará que sí lo son. ¿Cuáles son las razones que da para sostener esta posición?

Para demostrar que los “principios” son obligatorios, Dworkin compara éstos con las “reglas” y demuestra que unos y otros operan de la misma forma en el razonamiento de los jueces. Así, primero, sostendrá que los juristas, cuando un juez no utiliza los principios ante un caso difícil, no se limitan a señalar que éste no ha tenido en cuenta consideraciones a las que otros jueces han venido prestando atención (como diría un positivista) sino que, por el contrario, afirman tajantemente que éste tenía el “deber” de utilizarlos y que el demandante tenía “derecho” a que así lo hiciera, razonando exactamente del mismo modo que lo harían cuando los órganos judiciales dejan de aplicar una regla determinada<sup>49</sup>. Y ello porque, “cuando decimos que una norma es obligatoria para un juez, eso no significa otra cosa sino que debe seguirla si viene al

---

<sup>47</sup> Es necesario añadir dos matices a este planteamiento: (i) no siempre es claro si una norma es un principio o una regla y, por tanto, es una distinción relativa (hay que ver el papel que juegan las normas en cada caso concreto –el aspecto funcional); y (ii) es posible que se presenten no sólo conflictos regla-regla y principio-principio sino también regla-principio. ¿Prevalece siempre la regla por ser específica o el principio por tener mayor peso relativo? Dworkin explica que estos casos se resuelven mediante el esquema de colisión entre principios, aunque en este supuesto la ponderación no se hace entre la regla y el principio sino entre éste y el principio en el que se apoya la regla (Cfr. Rodríguez, César. “Teoría del derecho y decisión judicial: en torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin”. En: *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bulloch, Penélope y Joseph Raz (editores). Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 1997, pp. 52-53).

<sup>48</sup> Dworkin, Ronald. Op. Cit., pp. 87-88.

<sup>49</sup> Cfr. Ibid., pp. 88-89.

caso, y que si no lo hace, habrá cometido por ello un error”<sup>50</sup>. En segundo lugar, afirmará que el hecho de que los principios no determinen el resultado de un conflicto como lo hacen las reglas (los primeros se aplican según “su peso relativo” y las segundas al estilo “todo o nada”), no supone que el juez tenga frente a los primeros un mayor grado de discreción que frente a los segundos. Y es que, para Dworkin, si un juez, luego de hacer la ponderación correspondiente, cree que un principio le es obligatorio, entonces está obligado a fallar según el mismo, exactamente del mismo modo que lo hace cuando sigue lo dispuesto por una regla que él cree que le es obligatoria<sup>51</sup>. Finalmente, sostendrá que el hecho de que los jueces puedan diferir en torno a lo que un principio manda o exige, no supone una diferencia sustancial con lo que sucede con las reglas ya que, tanto frente a éstas como a aquéllos, “está obligado a llegar a entender, de manera discutible o no, qué es lo que le exigen sus órdenes, o las reglas, y a actuar de acuerdo con tal interpretación”<sup>52</sup>. Es decir, que los jueces puedan interpretar de diversas maneras qué es lo que los principios le exigen, sólo significa que, al igual que lo que sucede con las reglas, tiene un margen de discernimiento para determinar qué es lo que éstos le exigen para, de esta forma, poder cumplir con ellos. En la lógica de Dworkin, que se pueda interpretar ese estándar (a los efectos de determinar su significado), no quiere decir que no existe dicho estándar o que, luego de ser interpretado, no se cumple con el mismo.

De esta forma, Dworkin quiere decir que las reglas imponen el mismo grado de obligatoriedad que los principios y, por tanto, que no hay razones para negar a estos últimos el carácter de “jurídicos”. Para Dworkin, si un juez no tiene discreción en sentido fuerte cuando decide conforme a las reglas que él cree que le son obligatorias, entonces ¿por qué sí tendría que tenerla cuando decide según los principios que él cree que le son obligatorios? Es por ello que dirá que “a no ser que se reconozca que por lo menos algunos principios son obligatorios para los jueces y que exigen de ellos, como grupo, que tomen determinadas decisiones, tampoco se puede decir que alguna norma – o, en todo caso, muy pocas– sea obligatoria para ellos”<sup>53</sup>. Es decir, según él, o bien afirmamos que tanto reglas como principios son obligatorios, o bien afirmamos que ninguno lo es. ¿Qué dice Dworkin? Claramente afirmará que si las reglas, para los jueces, son obligatorias es porque detrás de ellas hay principios que las apoyan, convirtiéndose los mismos, por tanto, en obligatorios también. Efectivamente, él observa que es usual que las reglas sean sometidas a interpretaciones y reinterpretaciones por parte de los jueces, llegando incluso a llevarse a la práctica sentidos de las mismas contrarios a la “voluntad del legislador” (algo que la primera

<sup>50</sup> Dworkin, Ronald. Op. Cit., p. 88.

<sup>51</sup> Cfr. Ibid., p. 89.

<sup>52</sup> Ibid., p. 90.

<sup>53</sup> Ibid., p. 90.

versión del positivismo no reconoce). Si un juez puede cambiar las reglas establecidas, entonces –dirá– es lógico pensar que las mismas no son obligatorias y, por tanto, que no son Derecho según el modelo positivista. Pero éstas, para los positivistas, sí son Derecho, entonces –se preguntará– ¿cómo se justifica que un juez pueda alterar o anular una regla establecida? Para Dworkin, sólo puede hacerse realizando el siguiente razonamiento en el que la apelación a los principios está muy presente: el juez, primero, debe considerar que el cambio favorece a algún principio que él no es libre de ignorar (y que será, de esta forma, el que justifica dicho cambio); aunque, como segundo paso, también tendrá que tener en cuenta –y sopesar– algunos principios importantes que tampoco es libre de ignorar y que desaconsejan hacer ello, tales como la “supremacía legislativa”, el seguimiento del “precedente”, el valor y la eficiencia de la “coherencia”, etc.<sup>54</sup>.

Es así como, para Dworkin, tanto para conservar como para modificar el sentido de una regla que los jueces consideran que le es obligatoria, éstos recurren al apoyo de ciertos principios que ellos también consideran que no son libres de ignorar. Y, para Dworkin, “cualquiera de estas implicaciones [la conservación o la modificación del sentido de una regla], por supuesto, trata a un cuerpo de principios y de directrices como si fuera derecho, en el sentido en que lo son las normas: como estándares que obligan a los funcionarios de una comunidad, controlando sus decisiones de derecho y obligación jurídica”<sup>55</sup>. Sentado, entonces, que para Dworkin en el Derecho al lado de las reglas hay principios que son tan obligatorios como las primeras, ¿qué efectos tiene esto en la estructura y funcionamiento del Derecho? Sobre la base de la presencia de reglas y de principios obligatorios, este autor construye su Teoría del Derecho denominada “Derecho como integridad”<sup>56</sup>. Efectivamente, para este autor, todo Derecho positivo presupone una determinada moralidad política que le da justificación y consistencia. Es decir, todo Derecho “institucionaliza” una determinada “Moral”<sup>57</sup>, la misma que se

<sup>54</sup> Cfr. Dworkin, Ronald. Op. Cit., pp. 90-92.

<sup>55</sup> Ibid., p. 92.

<sup>56</sup> Como explica Delgado: “Dworkin denomina “Derecho como integridad” a su propia teoría jurídica, a la que confronta con otras dos teorías generales del Derecho que titula “convencionalismo” y “pragmatismo” respectivamente. La tres son teorías interpretativas, pues, a su juicio, toda teoría jurídica fructífera ha de ser interpretativa. Son, por tanto, interpretaciones generales de la práctica jurídica, la parte inicial, más genérica y abstracta de cualquier interpretación más concreta y particularizada llevada a cabo por alguno de los actores que participan en dicha práctica. Y, como toda interpretación, han de ser valoradas, en primer lugar, según el grado en que se ajusten o concuerden con la práctica, es decir, según su mayor o menor poder explicativo de la misma; y, en segundo lugar, según su capacidad para justificar dicha práctica, para presentarla en su mejor luz” (Delgado Pinto, José. “La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”. En: Derechos y Libertades, Año 7, N° 11, 2002, pp. 16-17).

<sup>57</sup> Es conveniente resaltar que, en Dworkin, no cualquier moralidad es la que forma parte del Derecho existente. La moralidad que integra el Derecho es aquella que explica y justifica las instituciones existentes en el Derecho positivo. Es, pues, la “moralidad institucionalizada”. Por tanto, queda fuera del Derecho lo que se conoce como “moralidad crítica o justa”. En suma, hay conexión entre Derecho y

expresa a través de los principios morales que son invocados por los tribunales para resolver casos difíciles. Pues bien, esa Moral que está detrás del Derecho positivo es la que se desprende de la armonización coherente de los valores de justicia, equidad y debido proceso<sup>58</sup> y, con relación a la misma, es que el sentido de que las reglas se formula, se interpreta y se aplica, dándole al Derecho existente, de esta forma, un esquema único o “integral” de justicia, equidad y debido proceso<sup>59</sup>. Y, en tanto esa moralidad política (que no tiene que ser la “más” justa) le da “coherencia” al Derecho, entonces –de acuerdo con Dworkin– la misma forma parte también del sistema jurídico y, por tanto, se puede recurrir a ella para resolver casos en los que no hay una regla positiva expresa. Esos serían, pues, los principios obligatorios a los que el juez tendría que recurrir para resolver un caso difícil.

Ello sería así porque, siguiendo la lógica de Dworkin, incluso los casos para los que sí habría una regla expresa, se resolverían aplicando la moral institucionalizada (la regla es expresión de ésta). Entonces, de acuerdo con este razonamiento, no habría ninguna razón para no ir directamente a la fuente “última” del sistema en caso no exista una regla expresa ya que, sea como fuere, todos los casos se resuelven de conformidad con los principios de moralidad política institucionalizados<sup>60</sup>. ¿Y qué consecuencias se derivan de la concepción del Derecho como integridad en la labor de los jueces? Pues bien, un juez en sus pronunciamientos debe ser “coherente”, no con las soluciones anteriores (o jurisprudencia), sino con los principios de moralidad política que subyacen al ordenamiento (los valores de justicia, equidad y debido proceso). Por tanto, la actitud del Juez debe ser activista ya que está llamado a descubrir qué es lo que exigen esos principios en el caso concreto. La cuestión está en que, en este esquema, el juez aún cuando es activista no crea Derecho: sólo aplica los principios de moralidad política que le dan coherencia al ordenamiento jurídico y que, por tanto, forman parte del Derecho existente, motivo por el cual le son obligatorios. Es decir, el juez no tendría nunca discreción fuerte ya que, en la lógica de Dworkin, estaría totalmente limitado por los

---

moralidad institucionalizada pero hay separación entre Derecho y moralidad crítica. Es por esto que, aun cuando Dworkin no es positivista, tampoco se puede decir que es “iusnaturalista”. Es “no-positivista” (Cfr. Delgado Pinto, José. Op. Cit., p. 36).

<sup>58</sup> Como explica Delgado, en la teoría del Derecho de Dworkin, “el valor de la integridad está conectado, (...), con los valores morales de la justicia, la equidad y el debido proceso, sin confundirse con ninguno de ellos” (Delgado Pinto, José. Op. Cit., p. 24).

<sup>59</sup> De estos principios de moralidad política, como destaca Delgado, los valores de justicia y de equidad son los más importantes en la posición de Dworkin. Por la justicia, Dworkin entiende “al resultado de la actividad de los poderes públicos en la distribución de recursos materiales, oportunidades y libertades, y requiere una distribución moralmente correcta”, mientras que “la equidad, por su parte, tiene que ver con la recta estructuración y distribución del poder político en la comunidad a través de la determinación de los métodos para la elección de los gobernantes y funcionarios, del diseño de las competencias de los distintos órganos y de la responsabilidad de los mismos, etc.” (Delgado Pinto, José. Op. Cit., p. 24).

<sup>60</sup> Cfr. Dworkin, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts: Belknap, 1986, pp. Cap. VI y VII. Para una explicación detallada de la noción del “Derecho como integridad”, véase: Delgado Pinto, José. Op. Cit., pp. 15-43.

principios de justicia, equidad y debido proceso que subyacen al ordenamiento positivo y que éste tiene la obligación de aplicar. En simple, no tendría discreción fuerte porque siempre habría un estándar normativo preexistente que le ofrece una respuesta para el caso que está en sus manos<sup>61</sup>.

De esta forma, pues, el juez debe actuar como si en el Derecho preexistente hubiera siempre una solución –y sólo una– para todos los casos (presentes y futuros): si no hay reglas positivas hay principios de los cuales, vía la interpretación, puede deducir reglas particulares aplicables a aquel caso concreto que no puede ser resuelto aplicando una regla general explícita. El único requisito es que justifique la existencia de esa regla particular como coherente con la concepción de justicia, equidad y debido proceso que subyace al ordenamiento que debe aplicar. Y, precisamente, el significado que mejor se ajuste o que sea más coherente con esa concepción de Derecho como integridad será, pues, la respuesta correcta que el Derecho establece para el caso concreto. En resumen, si no hay reglas expresas entonces se recurre a los principios subyacentes al Derecho y se resuelve conforme a ellos. El juez, pues, no crea nunca Derecho<sup>62</sup>. ¿Y qué sucede si las exigencias derivadas, por ejemplo, de los principios de justicia y de equidad son contradictorias entre sí<sup>63</sup>?, ¿no tendría el juez discreción fuerte para optar por alguna de ellas? Al parecer, en la teoría de Dworkin esto no sería un obstáculo para encontrar la única respuesta correcta ya que, al manejar una concepción “holística” del Derecho, siempre habría una solución armónica para los conflictos entre principios morales<sup>64</sup>. ¿Cuál es o cómo se llega a ella? Eso es algo sobre lo que Dworkin no se pronuncia. Por lo tanto, dado que incluso en estos supuestos habría una solución “correcta” y obligatoria, los jueces nunca tendrían libertad para fallar en una u otra dirección. No tendrían, pues, discreción fuerte.

Por lo demás, no se debe olvidar que, para Dworkin, la tesis de Hart sobre la discreción judicial en sentido fuerte no sólo es falsa sino que además es peligrosa. Efectivamente, para este autor, hay dos razones que indican que el juez no debe legislar o, lo que es lo mismo, que debe someterse al imperio de la ley: “(...) una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son

<sup>61</sup> Cfr. Delgado Pinto, José. Op. Cit., pp. 22-23.

<sup>62</sup> Cfr. Ibid., p. 34.

<sup>63</sup> Como resalta Delgado “equidad y justicia son hasta cierto punto independientes una de otra; por eso es por lo que puede ocurrir que estructuras políticas que consideramos legítimas, es decir, ajustadas a las exigencias de la equidad, adopten decisiones injustas; y, en sentido contrario, que poderes ilegítimos puedan adoptar decisiones justas” (Ibid., p. 27).

<sup>64</sup> Cfr. Hart, H. L. A. “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”. Traducción de José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro. En: *El ámbito de la jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (editores). Barcelona: Crítica, 1994, pp. 341-342.

responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esa proposición. La segunda objeción expresa que si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho”<sup>65</sup>. Es decir, la tesis positivista de la discreción fuerte sería peligrosa porque presupone, primero, que un sujeto que no cuenta con legitimidad democrática se arroga facultades para gobernar y, segundo, que lo hace además “ex-post facto”, vulnerándose de esta forma el principio democrático de la separación de poderes y, sobre todo, la seguridad jurídica (el Derecho creado por el Juez se estaría aplicando de forma retroactiva). Sin embargo, de acuerdo con Dworkin, estas razones (la democracia y la certeza) si bien son poderosas frente a las decisiones judiciales generadas por directrices políticas no lo son frente a los argumentos de principios. Y es que para saber si un juez está legislando (cosa que no debe hacer), Dworkin introduce la distinción entre “argumentos políticos” y “argumentos de principio”. Para él, mientras que los primeros “justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad como un todo”, los segundos “justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo”<sup>66</sup>.

Pues bien, Dworkin argumentará que las decisiones judiciales, aun en los casos difíciles, “son y deben ser, de manera característica, generadas por principio, no por directrices políticas”<sup>67</sup> y, por tanto, aun cuando las decisiones judiciales son siempre decisiones políticas en sentido amplio<sup>68</sup>, no supondrá que el juez está legislando (ello sólo ocurriría si utiliza argumentos políticos). Ello es así porque, de un lado, el juez, al estar aislado de las exigencias políticas de la mayoría, está en una mejor posición para evaluar si se han respetado o no los derechos individuales del demandante amparados en un principio (el derecho en cuestión puede ir en contra de los intereses de la mayoría)<sup>69</sup>; y, de otro, porque imponerle al demandado un deber deducido de un principio: (i) no es más injusto que rechazar la petición del demandante, (ii) no supone tomarlo por sorpresa si es que era obvio e indiscutible que el demandante tenía el derecho correspondiente, y (iii) si el caso era dudoso, tan sólo supone que considerados todos los factores el argumento del demandante era más fuerte y, por tanto, que éste estaba más justificado en sus expectativas<sup>70</sup>. Como se puede apreciar, para Dworkin, tanto la razón democrática como la basada en la certeza, ceden frente al razonamiento basado en los

---

<sup>65</sup> Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio...*, p. 150.

<sup>66</sup> Ibid., p. 148.

<sup>67</sup> Ibid., p. 150.

<sup>68</sup> Cfr. Ibid., p. 155.

<sup>69</sup> Cfr. Ibid., pp. 151-152.

<sup>70</sup> Cfr. Ibid., p. 152.



principios; cuestión que, al parecer, no sucedería con los supuestos de discreción en sentido fuerte que, para éste, serían casos donde el juez, al estar legislando, tendría que recurrir a razones políticas o de oportunidad para justificar su decisión. Por tanto, para Dworkin, ya no sólo es que los jueces no actúan con discreción fuerte, sino que tampoco lo deberían hacer.

### **2.3 El Derecho como una “práctica social” y el papel de la analogía, en los casos difíciles, como método jurídico-racional de “integración”.**

Otra posición, en torno a la función judicial, calificable también de cognoscitivista, es la defendida en la actualidad, desde una visión “postpositivista” o “constitucionalista”, por el profesor español Manuel Atienza. Éste, al igual que Dworkin, sostendrá que en el Derecho además de reglas hay principios de índole moral, que los jueces en los casos difíciles están compelidos a fallar según los mismos y, por tanto, que es falso que éstos cuenten con discrecionalidad en sentido fuerte<sup>71</sup>. La diferencia con el profesor estadounidense está en que Atienza, para apoyar sus conclusiones, además pone énfasis en las siguientes cuestiones: (i) en la idea del Derecho adecuadamente entendido como una “práctica social” y (ii) en el rol que juega la analogía como método jurídico-racional de “integración”, en el Derecho preexistente, de los casos no expresamente regulados (los casos difíciles).

Efectivamente, Atienza, al igual que Dworkin, mantiene sus puntos de vista en debate con un autor marcadamente positivista: el profesor argentino Eugenio Bulygin. Así, pues, en contraposición con este último (cuyo planteamiento será estudiado al momento de revisar la tesis intermedia de la interpretación), Atienza sostendrá que es falsa la tesis positivista de la creación judicial de derecho por la sencilla razón –dice él– de que en el Derecho contemporáneo, adecuadamente entendido, no existen lagunas normativas o supuestos jurídicamente no regulados (Atienza, a diferencia de Bulygin, sostiene que la visión del pensamiento jurídico tradicional, negando la existencia de lagunas es básicamente acertada) y, por tanto, que, tal como decía Dworkin, es falso que los jueces actúen en algún momento con discreción fuerte. En palabras del propio Atienza: “Bulygin se equivoca en sus dos afirmaciones fundamentales: no existen lagunas (o, en todo caso, de existir, sería un fenómeno absolutamente excepcional) en el Derecho

---

<sup>71</sup> Lo que no supone que Atienza piense que los jueces carecen de cualquier grado de discreción. Como dijo en otro trabajo, “La tarea del juez, sin embargo, es la de decidir sin ser un decisionista: él debe tratar de potenciar al máximo los aspectos cognoscitivos de su práctica, pero sin perder de vista que siempre quedará al menos un resto de voluntad (...)” (Atienza, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?” En: *Cuestiones judiciales...*, p. 11).

adecuadamente entendido y los jueces no gozan de discreción en el sentido fuerte de la expresión”<sup>72</sup>.

Explicemos con más detalle esta posición. Para demostrar su afirmación de que en el Derecho no existen “lagunas normativas”, Atienza dirá lo siguiente: “La afirmación que hace un civilista como Jesús Delgado al respecto me parece plenamente compartible: En un ordenamiento como el nuestro, en el que son fuentes, junto a la ley y la costumbre, los principios generales (1.4 Cc), y en que los “Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido” (art. 1.7 Cc) no hay lagunas. Las de la ley, se colman con la analogía y los principios”<sup>73</sup>. Es decir, para este autor, no habría lagunas en el Derecho por la sencilla razón de que los jueces siempre deben dar respuesta a los casos que se les presentan, no según lo que su voluntad les indique, sino “ateniéndose al sistema de fuentes establecido”, el mismo que incluiría, junto a la ley y a la costumbre, a los principios generales del Derecho. Dicho de otro modo, dada la variedad de fuentes de lo jurídico existentes, no habría nunca un supuesto para el cual el juez no tuviera una respuesta basada en el Derecho. Esta posición –que hasta el momento no constituye ninguna novedad con respecto a Dworkin– la defenderá aun en contra de los cuestionamientos de Bulygin:

“Frente a ese argumento (que podría sintetizarse así: no hay lagunas, porque hay jueces) Alchourrón y Bulygin objetaban (...) lo siguiente: “¡Esto es exactamente lo mismo que afirmar que un traje no puede tener agujeros porque el sastre siempre puede remendarlos! Como dice Carrió: “No parece serio (...) sostener que no hay lagunas porque los jueces las colman”. Ahora bien, ese contraargumento, (...), deriva su fuerza de un símil que no hay por qué aceptar. Quiero decir que si pensamos en el Derecho como en un traje (un objeto que, simplemente, está ahí, dado del todo en un momento determinado) entonces, efectivamente, no cabe duda de que los trajes pueden tener agujeros y, paralelamente, los Derechos, lagunas. Pero si nuestra visión del Derecho fuera otra, si lo contempláramos como una empresa, como una actividad, como una práctica, entonces no hay nada raro en decir que los Derechos no tienen lagunas. O sea, si el símil no lo trazamos con el traje, sino con la empresa encargada de confeccionar y de tener los trajes dispuestos para que puedan ser usados en debidas

---

<sup>72</sup> Atienza, Manuel. “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”. En: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima/Bogotá: Palestra/Temis, 2009, p. 215.

<sup>73</sup> Ibid., pp. 213-214.

condiciones, entonces parece claro que no puede haber trajes con agujeros en el sentido de que, aunque en algún momento de la actividad de la empresa podrá detectarse la existencia de algún agujero, hay también otro en el que (si es una empresa seria) alguien se ocupará de remendarlo. Lo que acabo de decir puede parecer un mero truco verbal, pero no lo es. Supone que la noción de laguna de Bulygin no es sólo relativa a la de sistema jurídico, sino que depende de una cierta forma de entender el Derecho: como un sistema de normas (exactamente, de reglas) y no como una práctica social”<sup>74</sup>.

Como se puede apreciar, para refutar los cuestionamientos de Bulygin, Atienza recurre a una concepción de “Derecho” distinta a la manejada por el primero: mientras que éste lo ve como un “traje” y al juez como el “sastre” (es decir, un agente externo) que repara sus posibles agujeros (las lagunas), aquél traza el símil del Derecho con la “empresa” (es decir, con la actividad) encargada de confeccionar esos trajes y que, por lo mismo, integra al juez dentro de su cadena de producción (ya no sería un agente externo sino interno al Derecho). De esta forma, Atienza pretende demostrar que el Derecho, antes que un sistema estático de reglas, es una práctica social en la que, dado el papel del juez, no es posible que haya supuestos no regulados o, lo que es lo mismo, para los cuales el Derecho no haya previsto una solución. Por supuesto, esta comprensión del Derecho como “práctica” sólo elimina la discreción del juez en sentido fuerte si es que se entiende que ese “funcionario” de la empresa llamada “Derecho” cumple sus funciones, no según su libre albedrío, sino de acuerdo con determinadas pautas internas al propio Derecho. ¿Existen, pues, esas pautas?

De acuerdo con Atienza, sin duda alguna. Y es que, en su planteamiento, una concepción adecuada del Derecho exige visualizar al mismo según tres características: (i) el Derecho no es simplemente un conjunto de reglas, sino de reglas y principios (tal como dice Dworkin); (ii) en las normas puede distinguirse un aspecto directivo y otro justificativo y, como tal, no importa sólo lo establecido como obligatorio, prohibido o permitido, sino también las razones subyacentes para ello (tal como sostiene Dworkin); y (iii) el Derecho no es sólo un sistema estático o rígido de normas, sino también –y, sobre todo, habría que agregar– una práctica<sup>75</sup> (rasgo que si es novedoso en relación con Dworkin). Será, pues, la conjunción de estos tres elementos los que, en la lógica de Atienza, determinarán que en el Derecho entendido adecuadamente como una práctica social no existan nunca lagunas normativas, aun cuando podrían no existir reglas

<sup>74</sup> Atienza, Manuel. “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”..., pp. 214-215.

<sup>75</sup> Cfr. Ibid., pp. 207-208.

explícitas que regulen un caso individual concreto. Ello sería así porque, para este autor, el Derecho no sólo serían las reglas generales regulatorias de conductas sino también, si es que no se entiende mal la concepción de Derecho que propone, los mecanismos instituidos por el propio Derecho (el recurso a los principios justificativos del ordenamiento, por ejemplo) para que, en el día a día, en la práctica, el juez colme la posible ausencia de reglas y, de esta forma, no haya caso particular para el cual no haya solución prevista desde el Derecho.

Visto así el planteamiento de Atienza, el símil que –siguiendo su lógica– graficaría mejor la realidad del Derecho sería el siguiente: el Derecho sería como una empresa cuya actividad principal y permanente (es decir, su práctica) consiste en producir “reglas generales” (los trajes) que resuelvan los casos reales y, muy importante, cuyos estándares de calidad serían ciertos “principios y valores” que rigen todo el proceso productivo. El mecanismo de producción sería el siguiente: existiría un obrero llamado “legislador” que produce “reglas generales” (los trajes) y, a la vez, un supervisor o un inspector de calidad llamado “juez” (el sastre) cuya función consistirá en verificar que no haya fallas en las reglas según los estándares de calidad señalados... y, si las hay, las repara emitiendo la regla general correspondiente que solucione el fallo detectado (es decir, colma lagunas). Así, el resultado final de este procedimiento, de esta actividad permanente llamada “Derecho”, siempre será completo y acabado porque esta empresa siempre resolverá los casos reales que se le presentan. En esta visión, pues, el juez es una pieza más del proceso de producción permanente de Derecho, más no su controlador externo. Y, a criterio de Atienza, de esto se seguirá que los jueces no tienen discreción fuerte porque, ahí donde los positivistas dicen que los jueces crean normas libremente y, por tanto, que pueden fallar tanto en uno como en otro sentido (en los supuestos de lagunas normativas), desde una perspectiva “postpositivista”, habría que dar cuenta de que en verdad lo único que hacen es operar (en tanto “funcionarios” de la empresa llamada Derecho), apoyándose en los principios y valores internos del propio sistema, según las reglas del razonamiento analógico (ésta sería otra novedad en lo que a Dworkin se refiere).

Efectivamente, para negar que los jueces actúan con discreción en sentido fuerte para resolver aquellos casos no previstos en el supuesto de hecho de alguna regla (los llamados “casos difíciles”), Atienza primero, citando a Josep Aguiló, resaltará que, a diferencia del paradigma positivista legalista, en la visión postpositivista del Derecho “(...) un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa (...). Desde el nuevo paradigma [el postpositivista], la discrecionalidad del sujeto llamado a

resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido de permitido elegir cualquier opción [como entienden los positivistas], sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades”<sup>76</sup>. Es decir, según este planteamiento, en los casos no resueltos por las reglas del sistema<sup>77</sup>, la discrecionalidad del juez consiste en la responsabilidad o el deber que éste tiene de “buscar”, “desplegando una intensa actividad deliberativa y justificativa”, la respuesta que el Derecho prevé para el caso difícil sometido a su consideración. Así, pues, en esta lógica, la actividad judicial será básicamente un acto cognoscitivo o del conocimiento, es decir, de “búsqueda” de la respuesta correspondiente, y no de la voluntad o de creación de la misma por parte del juez. Según Atienza, la respuesta está y es deber del juez encontrarla más no crearla.

Pero, ¿dónde tiene que “buscar” esa respuesta ya existente? Para este autor, siguiendo la misma lógica de Dworkin, la respuesta está implícita en el ordenamiento jurídico y es posible deducirla -por ejemplo, de los principios- utilizando criterios racionales que no dependen de la voluntad del juez, con lo cual la discreción de éste queda reducida a demostrar que esa respuesta está contemplada en el Derecho y, como tal, que su decisión es producto de un acto del conocimiento y no de la voluntad. Y es ahí, precisamente, donde aparece la analogía como método racional de decisión -o de integración en el Derecho- que se impone a la voluntad del juzgador: “La defensa, frente a Bulygin, de que los jueces no tienen discrecionalidad en sentido fuerte supone aceptar que existen ciertas reglas (en el sentido de guías racionales) del método jurídico. O, dicho de otra manera, que el uso de la analogía y de los principios (en realidad, no son cosas distintas) supone un procedimiento racional aunque, efectivamente, no consista únicamente en subsumir; (...). También creo que está conectado con ello un aspecto muy importante del planteamiento de Atria: para entender cómo se resuelve el tipo de problemas que se denominan “lagunas” no es adecuado pensar simplemente en términos de creación y aplicación de normas; o, si se quiere: en un cierto sentido existe creación, y en otro sentido, aplicación (...) lo que, por cierto, es una forma de expresar lo que los juristas suelen llamar “integración”<sup>78</sup>.

Para demostrar que los jueces, en los casos difíciles, recurren al razonamiento analógico y que éste no constituye un supuesto de discreción fuerte, sino de integración

<sup>76</sup> Atienza, Manuel. “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”..., p. 216.

<sup>77</sup> En un trabajo anterior, Atienza definió los “casos fáciles” como aquellos casos en los que “no existe problemas ni con la premisa normativa ni con la fáctica” y los “casos difíciles” como aquellos en los que “existen problemas para fijar la premisa normativa, la premisa fáctica, o ambas” (Atienza, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?” En: *Cuestiones judiciales*..., pp. 13-14). Según esta definición, un supuesto de caso difícil sería aquel que no se encuentra resuelto con carácter previo por una norma-regla del sistema; es decir, un caso típico de “laguna normativa” al nivel de las reglas.

<sup>78</sup> Atienza, Manuel. “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”..., p. 217.

“coherente” dentro del Derecho, Atienza refuta un ejemplo dado por el propio Bulygin como un supuesto donde el juez puede decidir libremente entre amparar o denegar la petición del demandante (dado que no existe una regla expresa que lo obligue a hacer lo uno o lo otro), afirmando que el mismo constituye un caso de analogía y que ésta, a pesar de que puede dar lugar a argumentaciones disímiles u opuestas (una amparando la demanda y otra rechazándola), no da lugar a argumentaciones igualmente “correctas”. Como se verá más adelante con más detalle, Bulygin para justificar sus posiciones razona de la siguiente manera frente al caso, hipotéticamente no regulado, del poseedor adquirente de buena fe, a título oneroso, que obtuvo el bien de un enajenante de mala fe, que es demandado por el legítimo propietario a los efectos de ver restituido su bien: “Según Atria, a pesar de la ausencia de una norma general que regule el caso, el juez debe fallar a favor del poseedor rechazando la demanda, porque el demandado no ha violado ninguna norma; (...). Sin embargo, parece bastante obvio que el juez podría fallar a favor del actor, aduciendo que el actor es el legítimo propietario del inmueble y que no hay ninguna norma que autorice al poseedor a no devolverlo”<sup>79</sup>.

Pues bien, frente a esta argumentación de Bulygin –con la cual quiere demostrar que, en un caso no regulado o difícil, el juez discrecionalmente puede fallar tanto a favor como en contra del demandante–, Atienza dirá que, en verdad, constituye un supuesto de razonamiento por analogía y, sobre todo, que dicha forma de argumentar no opera de forma libre sino que está sujeta a ciertos parámetros de racionalidad que, finalmente, terminarán condicionando su “corrección”: “(...), el argumento (...) [el de Bulygin para amparar la demanda] debe entenderse, me parece a mí, como un argumento por analogía, cuyo esquema sería éste: “el caso C, caracterizado por la propiedades X, Y y Z, no está regulado por ninguna regla específica del sistema; hay una regla que regula un caso, C’, en el que se da una propiedad que también se da en éste (por ejemplo, X: ser legítimo propietario) y que establece la consecuencia S (debe concederse la acción reivindicatoria). Por lo tanto, en el caso C debe ser la consecuencia S’”. Ahora bien, parece claro que nadie consideraría que éste es un buen argumento, si no se le añade alguna premisa; exactamente, dos. Una es un principio general del Derecho que viene a decir que los casos que tienen las mismas propiedades esenciales deben ser resueltos de la misma manera. La otra, que la propiedad X (y no las propiedades Y o Z) son las esenciales en los dos casos. Naturalmente, la dificultad de argumentar por analogía estriba en aducir buenas razones a favor de esta segunda premisa y que puedan derrotar a otras posibles razones que pudieran existir para decir que las características esenciales

---

<sup>79</sup> Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”. En: *La función judicial. Ética y democracia*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, p. 34.

son más bien Y (la buena fe del adquirente) y Z (el título oneroso) y que hay una regla que establece que si se da ese caso (C''), entonces debe ser la consecuencia no-S''<sup>80</sup>.

Como se puede apreciar, la presencia del señalado principio general (que dos casos “esencialmente” iguales, deben recibir la misma respuesta) y la necesidad de demostrar que las características esenciales que asemejan los dos casos son unas y no otras, en el razonamiento de Atienza, vendrían a ser dos factores de “racionalidad” que restringirían la capacidad del juez de decidir “correctamente” entre aceptar o rechazar la demanda. Es por ello que terminará señalando lo siguiente: “A donde quiero ir con todo esto es a mostrar (...) que la posibilidad (como cuestión de hecho) de que, en relación con un mismo caso, C, se propongan argumentaciones que llevan a soluciones opuestas no quiere decir que ambas sean igualmente correctas; (...)”<sup>81</sup>. Consecuentemente, en la lógica de Atienza, será la presencia o no de criterios de corrección, lo determinante para evaluar si los jueces, cuando utilizan el razonamiento analógico para colmar lagunas<sup>82</sup>, tienen o no discrecionalidad en sentido fuerte<sup>83</sup>. ¿Existen, pues, esos criterios de corrección? Atienza dirá que sí: “(...), a mí me parece que esos criterios existen y que de alguna forma se condensan en la idea de coherencia. (...) es esa noción (...) lo que sirve como guía a los juristas cuando argumentan por analogía”<sup>84</sup> (el subrayado es mío). De todos los rasgos que Atienza le atribuye a dicha idea, tres son los que me interesa resaltar: “1) Coherencia no es lo mismo que consistencia lógica; si se quiere, (...), podría decirse que la coherencia es la consistencia en sentido axiológico. (...). 3) El concepto de coherencia es relativo, en el sentido de una decisión o una norma son coherentes (más o menos coherentes) en relación con un conjunto de principios y valores. (...). 5) De manera parecida a lo que ocurre en una lengua, la analogía es un

<sup>80</sup> Atienza, Manuel. “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”..., pp. 218-219.

<sup>81</sup> Ibid., p. 219. Es necesario resaltar que Atienza no cree, a diferencia de Dworkin, que haya una y sólo una respuesta correcta para cada caso concreto: “(...), yo no creo (...) que se pueda encontrar —o que exista— siempre una única respuesta correcta para cada caso jurídico. Me parece más bien que, a partir de los criterios de racionalidad práctica generalmente aceptados, pueden justificarse a menudo diversas respuestas que, en consecuencia, habría que considerar correctas” (Atienza, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?” En: *Cuestiones judiciales...*, p. 21). Sin embargo, esto no sería contradictorio con lo señalado más arriba ya que, que sea posible presentar diversas respuestas como “correctas”, no significa que las mismas sean necesariamente “igualmente correctas”. Vale decir, es posible sostener que algunas respuestas son “más” correctas que otras.

<sup>82</sup> Que los jueces utilizan el razonamiento analógico para colmar “lagunas de reglas”, es una idea que Atienza también menciona cuando, en otro trabajo, señala los pasos que —a su criterio— debe seguir la argumentación judicial en los casos difíciles por “insuficiencia de información” (casos donde, por ejemplo, la norma aplicable es una norma que, en principio, no cubre el caso sometido a discusión). En éstos, para Atienza, la resolución del mismo pasa por construir una nueva premisa que “tendrá que consistir en una reformulación de la norma de que se parte, que dé lugar a una nueva norma que resulte ser suficientemente amplia —o suficientemente precisa— como para abarcar el caso sometido a examen”; argumentación que “se puede llamar, en sentido amplio, analógica” (Cfr. Atienza, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?” En: *Cuestiones judiciales...*, pp. 16-17).

<sup>83</sup> Cfr. Atienza, Manuel. “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”..., p. 219.

<sup>84</sup> Ibid., pp. 219-220.

mecanismo fundamental para innovar el sistema manteniendo sus señas de identidad; ese tipo de “cambio conservador” sólo es posible si está presidido por la idea de coherencia. A ese desarrollo interno del Derecho es precisamente lo que se opone la tesis de la discrecionalidad”<sup>85</sup>.

Resumiendo, lo que quiere decir Atienza es que a través de la analogía se explicita una nueva regla general pero que, para ser correcta, ésta debe ser “coherente” con los principios y valores del sistema (o con la “Moral institucionalizada” de la que habla Dworkin) y, por tanto, podría decirse que esa nueva regla no supone una creación de Derecho sino tan sólo “desarrollo interno” del mismo. Es decir, lo que el juez hace en los casos difíciles es realizar un “cambio conservador” del Derecho existente: a través de la analogía, que para ser correcta debe ser coherente con los principios y valores del ordenamiento, el juez “integra” dentro del ordenamiento jurídico un caso no regulado explícitamente con los casos regulados expresamente. De esta forma, lo que se está queriendo decir es que la nueva regla general habría estado implícita dentro del ordenamiento y que tan sólo habría sido extraída por el juez por medio del razonamiento analógico. Hay que tener en cuenta que este tipo de razonamiento no puede operar si es que no se demuestra que el caso “A”, no regulado expresamente, posee los mismos rasgos esenciales que el caso “B”, regulado expresamente por medio de una regla general, motivo por el cual el primero debe ser resuelto de la misma forma que el segundo: ello sería lo coherente con los principios y valores del sistema. La idea de “coherencia”, pues, será el criterio racional –y, por tanto, independiente de la voluntad del juez– determinante para evaluar la corrección o no de la solución aplicada por el juez para resolver un caso difícil.

Por lo tanto, está claro que, para Atienza, cuando el juez tiene que hacer frente a un supuesto no regulado explícitamente en el sistema de reglas, está obligado a “buscar” la respuesta al mismo dentro del propio Derecho, adecuadamente entendido como una práctica social, donde los principios juegan un rol preponderante; proceso que estará condicionado en su “corrección” por las pautas jurídico-racionales del razonamiento analógico. El juez, pues, en este planteamiento nunca actuará con discreción en sentido fuerte: que tenga discreción para evaluar el sentido de las reglas y principios del sistema

---

<sup>85</sup> Atienza, Manuel. “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”..., pp. 219-220. En un trabajo ya antiguo, Atienza hablaba también de otros criterios que entran en juego para evaluar si una decisión está “racionalmente” justificada, tales como: (i) la idea de “racionalidad práctica” que exige el respeto, en la fundamentación, de la lógica deductiva, de la consistencia, de la eficiencia o relevancia, de la coherencia, de la generalización y de la sinceridad; (ii) la necesidad de utilizar como premisa mayor del razonamiento deductivo alguna fuente del Derecho de carácter vinculante; y (iii) la prohibición de utilizar como elemento decisivo de la fundamentación criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente por el ordenamiento jurídico (Cfr. Atienza, Manuel. “Sobre lo razonable en el derecho”. En: Revista Española de Derecho Constitucional, N° 27, 1989, pp. 94-95).



o para construir su argumentación según las pautas del razonamiento analógico (discreción en sentido débil), no significa que tiene libertad para determinar —o crear— los estándares jurídicos que guiarán su decisión. Consecuentemente, al ser una posición que maneja una concepción débil de la discreción judicial, no sería posible basar en ella una concepción de los jueces y tribunales como un real “Poder Judicial”. Que los jueces tengan discreción no supondría, en la lógica de Atienza, configurar a los mismos como un “Poder” en sentido estricto: éstos nunca impondrían su propia voluntad<sup>86</sup>.

### **3. La afirmación del carácter de “poder” de los jueces y tribunales: las tesis “fuertes” sobre la discreción judicial.**

En este punto se van a estudiar aquellos planteamientos que, de alguna u otra forma, defienden —con diferente intensidad, eso sí— la tesis de la discreción judicial “en sentido fuerte”; es decir, que reconocen que la interpretación judicial, si no es toda, constituye al menos en parte un acto de la voluntad o “productor” de Derecho. En primer lugar, se va a revisar la posición más extrema de todas, la tesis escéptica del realismo americano, que sosteniendo lo contrario a lo dicho por la tesis cognitiva, afirmará que por la interpretación judicial siempre se “asigna” un significado a un enunciado jurídico (éste no se descubre) y, por tanto, que las normas jurídicas siempre son el resultado de un acto de la voluntad del juez (la interpretación no es un acto del conocimiento). Así, pues, para los autores que se adscriben a este punto de vista (Troper por ejemplo), los jueces siempre actuarían con discreción pero en sentido fuerte. Luego, se estudiará la tesis intermedia de la interpretación judicial que, siendo más moderada que la anterior, sostendrá que si bien hay supuestos en los que los jueces sí asignan un significado a un enunciado jurídico (los casos de lagunas normativas), también los hay en los que tan sólo descubren el mismo y, como tal, que las normas jurídicas a veces son el resultado de un acto de la voluntad pero otras lo son sólo de un acto del conocimiento. Ésta sería la posición defendida por Hart y Bulygin que, negando la anterior, podría presentarse como aquella que sostiene que los jueces solamente actúan con discreción fuerte en los casos de lagunas normativas (los casos difíciles), supuestos estos últimos que serían marginales, mientras que en la generalidad de los casos tan sólo actuarían, de ser el caso, con discreción débil (los casos fáciles). Finalmente, se analizará el planteamiento más reciente de todos, la tesis de la determinación “mínima” del Derecho, que a diferencia de todos los anteriores, afirmará que por la interpretación los jueces siempre descubren y a la vez asignan un significado a un enunciado jurídico y, por tanto, que las

---

<sup>86</sup> Esta conclusión es plenamente coherente con lo sostenido por el mismo Atienza, en otro trabajo, cuando afirma que “juzgar significa siempre detentar un poder” pero un “poder limitado y por ello también, hasta cierto punto, controlado” (Atienza, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?” En: *Cuestiones judiciales...*, pp. 10-11).

normas jurídicas siempre son el resultado de un acto del conocimiento y de la voluntad. Todas éstas son posiciones “fuertes” sobre la discreción judicial porque aceptan que, si no es siempre, hay momentos en los que los jueces adoptan decisiones sin basarse en un estándar normativo preexistente. Es decir, son planteamientos que, con sus respectivas diferencias, les reconocen a los jueces y tribunales el carácter de “Poder Judicial”.

### **3.1 La tesis escéptica de la interpretación judicial.**

De acuerdo con Guastini, esta postura “sostiene que la interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y de decisión. Esta teoría se funda sobre la opinión de que no existe algo así como el significado “propio” de las palabras, ya que toda palabra puede tener el significado que le ha incorporado el emisor, o el que le incorpora el que la usa, y la coincidencia entre uno y otro no está garantizada. Todo texto, (...), puede ser entendido en una pluralidad de modos diversos, y las diversas interpretaciones dependen de las distintas posturas valorativas de los intérpretes”<sup>87</sup>. Es decir, esta teoría, tomándose muy en serio el carácter indeterminado del lenguaje jurídico (sería “totalmente indeterminado”)<sup>88</sup>, afirmará que la interpretación no es –ni puede ser– un acto de descubrimiento del único significado objetivo que expresa el enunciado jurídico y, mucho menos, de búsqueda de la voluntad subjetiva del legislador (ordinario o constituyente). En esta tesis, la labor interpretativa es un acto por medio del cual el intérprete, según sus valoraciones personales, procede a darle “un” significado al enunciado jurídico objeto de interpretación. Para la teoría escéptica, pues, “la interpretación (...) es un acto de voluntad, que consiste no en tomar conocimiento del único significado, sino en decidir “un” significado en el ámbito de los varios significados igualmente posibles”<sup>89</sup>. Es por ello que, en este planteamiento, las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son el resultado de la misma. Y es que, desde este punto de vista, la norma real vendría a ser el enunciado interpretativo emitido por la autoridad competente (el juez) y no el texto normativo interpretado (el emitido por el Parlamento). De esto se deduce que, para esta teoría, los enunciados interpretativos no son enunciados del orden descriptivo sino, por el contrario, “prescriptivos” en la medida que proponen conferir a un término o expresión un significado determinado con preferencia sobre otro y, como tal, no es posible calificar un enunciado interpretativo como verdadero o falso (no existiría algo así como la

---

<sup>87</sup> Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica...*, p. 15.

<sup>88</sup> Cfr. Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional...*, p. 42. Moreso, por su parte, resalta que para los defensores del escepticismo interpretativo: “El significado de los textos normativos no se puede determinar nunca. Los textos normativos están radicalmente indeterminados” (Moreso i Mateos, Josep Joan. Op. Cit., p. 118).

<sup>89</sup> Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional...*, p. 42.

interpretación “correcta”)<sup>90</sup>. Como explica Moreso, para la tesis escéptica, “previamente a las decisiones judiciales, no hay ninguna cuestión jurídica que tenga una respuesta correcta”<sup>91</sup>.

Esta concepción sobre la interpretación, que es minoritaria en el ámbito de la Teoría del Derecho, en la actualidad es defendida por el profesor francés Michel Troper. Y es que, para él, ni la teoría del silogismo ni el planteamiento de Dworkin son satisfactorios en absoluto. Para este autor, “nunca es verdadero y no puede ser verdadero que la decisión sea sólo la conclusión de un silogismo, cuyas premisas sean independientes del juez”<sup>92</sup>. Troper, en primer lugar, recuerda que el lenguaje de los enunciados normativos (ya sea que expresan reglas, ya sea que expresan principios) utiliza expresiones genéricas y, como tal, éstos están dirigidos a regular “clases” de personas, actos, cosas o circunstancias y no a personas, actos, cosas o circunstancias particulares<sup>93</sup>. Por ese motivo, dirá, que antes de aplicar una norma jurídica, hay que determinar, de un lado, a qué clase de casos pertenece el que se tiene que juzgar (la premisa menor) y, de otro, cuál es el significado del enunciado jurídico que se quiere aplicar (la premisa mayor). Es decir, para poder resolver una controversia, el juez debe subsumir el caso en una u otra norma –o principio– (como indica la tesis del silogismo) pero, para poder hacer ello, primero debe determinar cuál es la norma –o principio– aplicable (cuál es la premisa mayor) y, luego, cuál es el sentido o significado de la misma (qué dispone la premisa mayor). En simple, antes de aplicar debe interpretar. La cuestión está en que, ambos procedimientos, al ser actos interpretativos, no constituyen actos del conocimiento sino de la voluntad y, como tal, son discrecionales en sentido fuerte<sup>94</sup>.

Efectivamente, Troper, apoyándose en la teoría realista de la interpretación, afirmará que la actividad intelectual de los jueces en torno a la interpretación se representa como una actividad “volitiva”, no cognoscitiva (no es un acto de conocimiento sino de valoración y de decisión) y, como tal, susceptible únicamente de ser calificada como

---

<sup>90</sup> Cfr. Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica...*, p. 15. Guastini, en otro momento, reitera esta idea en los siguientes términos: “todo texto normativo es susceptible de interpretaciones diversas, sincrónicamente conflictivas y diacrónicamente variables –los juristas discuten, la jurisprudencia no es uniforme y conoce no pocos revirements– pero, por otro lado, desafortunadamente, no existe ningún criterio para distinguir entre la interpretación correcta y las incorrectas” (Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional...*, p. 42).

<sup>91</sup> Moreso i Mateos. Op. Cit., p. 119.

<sup>92</sup> Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”..., pp. 215-216.

<sup>93</sup> Como se verá en su momento, ésta es una tesis similar al planteamiento de Hart sobre la textura abierta del Derecho (Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2º edición, 1990, pp. 155-160).

<sup>94</sup> Cfr. Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”..., 2003, p. 216.

válida o inválida<sup>95</sup>. El planteamiento de este autor se puede resumir de la siguiente manera<sup>96</sup>:

- (i) Toda aplicación judicial de una norma jurídica, tal como sostenía el primer positivismo, puede ser representada como el resultado de una deducción, de un razonamiento silogístico, donde la norma jurídica constituye la premisa mayor, el caso concreto que se está analizando la premisa menor y la sentencia del juez la deducción lógica de verificar que la premisa menor calza en la premisa mayor (es decir, que el caso concreto cae dentro del supuesto de hecho previsto por la norma a ser aplicada).
- (ii) No obstante, cualquier órgano judicial encargado de aplicar una norma jurídica (un juez o un tribunal de cualquier instancia) debe, primero, determinar el sentido de la misma señalando el significado del enunciado jurídico que supuestamente la “contiene” (qué es lo que éste manda o prohíbe) o, lo que es lo mismo, debe interpretar el mencionado enunciado jurídico a los efectos de fijar la premisa mayor del razonamiento silogístico. De esta forma, se puede afirmar que la interpretación es anterior al silogismo e, incluso, que permite el razonamiento silogístico.
- (iii) Pues bien, todo enunciado jurídico (el enunciado lingüístico que “expresa” la premisa mayor), al estar formulado con los signos lingüísticos del lenguaje natural, tiene un cierto grado de indeterminación y, por ende, puede encerrar varios significados posibles (o, lo que es lo mismo, varias normas jurídicas). Al interpretar, pues, el órgano de aplicación de normas jurídicas (como el juez), debe elegir alguno de ellos y en esa elección consiste la interpretación.
- (iv) La cuestión está en que esa elección es, precisamente, un acto libre o sujeto a la libre valoración del intérprete. Efectivamente, en la medida que no existe un significado “objetivo” susceptible de ser descrito o conocido por el intérprete (por ejemplo, la voluntad del legislador o del constituyente), determinar el significado de un enunciado jurídico implica, realmente, enunciar una prescripción o, lo que es lo mismo, una propuesta acerca de cómo debe ser entendido (asunto que es completamente diferente a los argumentos que aporte el intérprete para convencer a los receptores de la corrección de su propuesta). La interpretación es, por tanto, un acto de la voluntad y no un acto del conocimiento.

---

<sup>95</sup> Aunque como veremos en un momento, los autores realistas prescinden de la categoría “validez” y prefieren hablar de vigencia o existencia.

<sup>96</sup> Cfr. Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado...*, pp. 275-276 y 314-317.

- (v) Y si ello es así, la validez de la misma sólo dependerá de la cualidad de su autor: si es un órgano con el poder de interpretar (como los jueces), sea cual sea su elección, ésta se incorporará al ordenamiento jurídico y será válida (aun cuando, desde el punto de vista de los receptores, no sea correcta).

De esto se sigue, y éste es el planteamiento central de los realistas, que los jueces al no estar sujetos a condicionantes internos (o provenientes desde el mismo Derecho positivo) al momento de interpretar y, sobre todo, al tener el poder de decir la “última palabra” sobre qué es o qué no es Derecho, tienen plena discreción para crear Derecho exactamente del mismo modo que los legisladores (no sería, pues, una atribución “marginal” tal como sostiene Hart). Y es que el juez, de acuerdo con este planteamiento, para resolver una controversia, debe primero interpretar el texto normativo supuestamente aplicable (para lo cual no tiene más límite que su propia conciencia) y, en verdad, será la interpretación que él haga de ese texto —y no el texto mismo— la norma que realmente aplique, convirtiéndose de esta forma en el verdadero legislador. En palabras de Troper: “(...) la premisa mayor, la ley, no le es dada realmente al Juez, (...) éste debe interpretar el texto de esa ley, determinar su significado. El juez se convierte por tanto en el verdadero creador de esa premisa, en el verdadero legislador. Esta es, pues, la esencia de la teoría realista de la interpretación: el verdadero legislador no es el autor del texto sino el intérprete”<sup>97</sup>. No está demás volver a resaltar que, en este planteamiento, el intérprete tiene plena discreción para atribuir significado al texto normativo y que la validez o no del mismo no está en función de su contenido sino de la cualidad del intérprete: si es un órgano al que el ordenamiento jurídico le reconoce el poder para imponer su interpretación (por ejemplo, la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional), entonces la misma será plenamente válida, sea cual sea su contenido<sup>98</sup>. En esta lógica, pues, los jueces, a través de la interpretación, pueden “rehacer” la Ley o los principios de los que habla Dworkin, darle el sentido que mejor les parezca y, lo que es más preocupante en términos democráticos, en caso no sea posible ya interponer recurso impugnativo alguno, “la decisión, cualquiera que sea, aun absurda,...[será]... jurídicamente válida y se...[impondrá]... en el orden jurídico”<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado...*, p. 316. Es por esta razón que, este mismo autor, dirá que la norma de más alta jerarquía en un ordenamiento constitucional, no es el texto de la Constitución propiamente dicho sino, realmente, la interpretación que del mismo hace el órgano encargado de asegurar su plena vigencia: el Tribunal Constitucional (Cfr. Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado...*, pp. 317-320).

<sup>98</sup> Como señala Guastini: “los jueces de última instancia son libres de atribuir a los textos normativos cualquier significado” (Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional...*, p. 42).

<sup>99</sup> Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”..., p. 219.

Consecuentemente, de acuerdo con Troper, es posible afirmar que sí existe “Poder Judicial” en sentido funcional: los jueces libremente pueden asignar un sentido u otro a un enunciado jurídico; decisión que, en caso de no ser impugnada o no ser impugnabile ya, se impondrá indefectiblemente en el ordenamiento jurídico incluso en contra de la voluntad del Parlamento (expresada supuestamente en el enunciado jurídico interpretado). Habría, por tanto, “Poder Judicial”. ¿Y habría “un” Poder Judicial? De acuerdo con Troper, sin ninguna duda. Dado que todos los jueces y tribunales tendrían “Poder Judicial”, entonces el órgano supremo (la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional) también tendría “Poder Judicial” y, por tanto, en la medida que éste sí puede imponer, de forma abstracta y con alcance general, una “unidad de criterio” aplicable a todos los órganos inferiores, no cabe duda que existiría “un” Poder Judicial en sentido orgánico. En palabras de Troper: “como las interpretaciones dadas por las cortes supremas son respetadas por los tribunales inferiores, simplemente por la jerarquía de los tribunales, (...), se tiene un poder legislativo en las manos de los tribunales”<sup>100</sup>. Como dice en otro momento, los tribunales supremos tienen “un poder de interpretar, un poder que, en realidad, es abstracto y general. En efecto, todos los tribunales inferiores van a alinearse y aplicar la ley de conformidad con las directrices de la corte de casación”<sup>101</sup>. En tal sentido, en la medida que los jueces supremos pueden producir e imponer normas generales a los jueces de inferior jerarquía, existiría entonces “un” Poder Judicial. El mismo residiría en la cúspide de la estructura jerárquica de la administración de justicia. Por tanto, en el sentido defendido por Troper, es posible afirmar que los jueces y tribunales sí se configuran como un “poder” en toda la expresión del término.

Ahora bien, para entender un planteamiento como el de Troper, es necesario estudiar la noción de “existencia” en el Derecho que manejan los autores realistas. Si bien es cierto que Troper usa la categoría “validez” para explicar la existencia dentro del Derecho de cualquier interpretación hecha por el órgano judicial competente para decir la última palabra, lo cierto es que en este movimiento se diferencia la “validez” de la “vigencia” o “existencia” del Derecho y se afirma que el objeto de estudio de la Ciencia Jurídica es la segunda y no la primera (la cual descarta por implicar también una “metafísica del Derecho” o, lo que es lo mismo, un “juicio de valor”<sup>102</sup>). En palabras de Hierro: “El realismo jurídico es la manifestación del realismo epistemológico contemporáneo en el pensamiento filosófico y científico jurídico. Como tal movimiento epistemológico supone la doble negación del iusnaturalismo y del positivismo formalista (...). De ambos por implicar, según los realistas, una metafísica del derecho y hacer imposible,

<sup>100</sup> Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”..., p. 216.

<sup>101</sup> Ibid., p. 218.

<sup>102</sup> Sobre la distinción entre juicios de valor y juicios de hecho, véase el punto 4.1 de esta parte.

por ello, la construcción de un conocimiento científico del derecho. Para el realismo, en general (...), el derecho a de ser estudiado científicamente como una realidad espacio temporal, lo que no significa necesariamente como un hecho social al modo de la sociología ya que en la realidad empírica del derecho existen, ante todo y sobre todo, unas reglas, unas normas. Estas normas, (...), son el objeto de la ciencia del derecho, pero no en cuanto preceptos abstractos dotados de validez sino en cuanto reglas que realmente organizan el uso de la fuerza en un grupo social, esto es, en cuanto reglas que realmente se cumplen o hacen cumplir (y junto a ellas, los procedimientos reales de su creación, aplicación, etc.)”<sup>103</sup>. Ello es así porque, como explica el mismo Hierro, para los realistas “una ciencia del derecho construida de acuerdo a los principios generales del empirismo no puede tomar como categoría de sus descripciones la validez, (...) del derecho positivo. (...). Simplemente ha de prescindir de una categoría que no tiene referencia alguna en el mundo de los hechos y que, por ello, no es susceptible de comprobación empírica”<sup>104</sup>.

Como se puede apreciar, el realismo jurídico constituye una propuesta epistemológica, distinta al iusnaturalismo y al positivismo decimonónico, sobre el conocimiento o la identificación del Derecho. Esta corriente de pensamiento, al igual que el positivismo formalista, considera que el Derecho objeto de estudio de la Ciencia Jurídica es el Derecho “que es” y no el Derecho “que debería ser”, pero introduce una variante metodológica: el derecho “que es”, y por tanto objeto de estudio, es el Derecho que “realmente se cumple” o “hace cumplir” y no el Derecho formalmente válido. Este último, para ellos, al no ser susceptible de un comprobación fáctica, supone un juicio de valor sobre el Derecho “que es” y, por tanto, no forma parte de la Ciencia Jurídica que, como se verá más adelante, al ser una ciencia descriptiva tan sólo se debe limitar a realizar “juicios de hecho” sobre el Derecho existente<sup>105</sup>. Pues bien, ¿y cuál es el Derecho que realmente se cumple o hace cumplir? Para los realistas éste es el Derecho

<sup>103</sup> Hierro, Liborio L. *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho*. Madrid: Iustel, 2º edición, 2009, p. 67.

<sup>104</sup> Ibid., p. 141.

<sup>105</sup> Como señala Bobbio, las corrientes “realistas” combaten en dos frentes: “contra el iusnaturalismo, que tiene una concepción ideal del derecho, y contra el positivismo en sentido estricto, que tiene una concepción formal del derecho. En antítesis con el primero, estas corrientes se pueden llamar “realistas”; en antítesis con el segundo, “contenidistas”, en el sentido de que no observan al derecho como debe ser, sino al derecho como efectivamente es, sin considerarlo siquiera como un sistema de normas válidas, sino como un complejo de normas efectivamente aplicadas a una determinada sociedad. Desde su punto de vista pecan por abstracción tanto los iusnaturalistas como los positivistas. Los primeros porque confunden el derecho real con las aspiraciones de justicia, y los segundos porque lo confunden [al derecho real] con las reglas impuestas y formalmente válidas, que a menudo son también formas vacías de contenido. Los positivistas observan sólo el conflicto entre derecho válido y derecho justo. Los seguidores de estas corrientes ven también un conflicto entre el derecho impuesto y el efectivamente aplicado, considerando sólo este último como el derecho concreto y, por tanto, el único objeto de investigación posible para el jurista que no quiera distraerse con fantasmas sin contenido” (Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Traducción de Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, 1991, pp. 46-47).

vigente (o existente) que, a juicio de ellos, es el único describible o susceptible de comprobación empírica<sup>106</sup>. ¿Y cuál es el Derecho vigente? Para algunos es el Derecho “que es aceptado o tenido como tal por la conciencia jurídica popular” (realismo escandinavo o psicológico), mientras que para otros “es derecho vigente el conjunto de reglas formuladas por los tribunales” (realismo americano o conductista)<sup>107</sup>.

No viene al caso profundizar en esta distinción. Por ahora, a mí sólo me interesa destacar que a la tesis realista de la interpretación mencionada líneas arriba (la expuesta por Troper), subyace la propuesta realista conductista o americana que, como explica Bobbio, mantiene como tesis central que: “no existe derecho objetivo, es decir, objetivamente deducible de hechos reales, ofrecidos por la costumbre, por la ley o por los antecedentes judiciales; el derecho es una permanente creación del juez, el derecho es obra exclusiva del juez en el momento que decide una controversia”<sup>108</sup>. Y es que solamente desde estos planteamientos, es posible entender la afirmación de que las normas jurídicas existentes (o vigentes y, por tanto, objeto de estudio de la Ciencia Jurídica), son sólo las normas que los jueces emiten al momento de realizar su labor de resolver controversias y, por tanto, que éstos son los verdaderos “legisladores”. Es más, si éstas son las únicas normas existentes, además de ser lógico sostener que “la” fuente del Derecho es la jurisprudencia, también lo es que los jueces, al momento de llevar a cabo su función, no están sujetos realmente a ninguna atadura (o regla) emitida por un órgano que no sean ellos y, por tanto, que la actividad de los jueces de resolver controversias, simplemente, es un acto libre o de voluntad<sup>109</sup>: tienen, pues, el poder de asignar a los enunciados normativos emitidos por el Parlamento el significado que mejor les parezca; producto interpretativo que, al final, será la norma jurídica que realmente apliquen. Esta conclusión se refuerza si le añadimos un dato constatable empíricamente: hay jueces cuyas resoluciones no pueden ser objeto de impugnación y, por tanto, sea cual fuere el sentido de las mismas, siempre serán Derecho. Entonces, no cabe duda que desde la concepción realista la actividad judicial (la interpretación

<sup>106</sup> Cfr. Hierro, Liborio L. *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho...*, p. 252.

<sup>107</sup> Ibid., pp. 255 y 257. Moreso presenta esta tesis, que no comparte, del realismo americano en los siguientes términos: “El derecho no está constituido por las reglas generales. El derecho sólo es el conjunto de las decisiones judiciales” (Moreso i Mateos, Josep Joan. Op. Cit., p. 119).

<sup>108</sup> Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho...*, p. 49. Esta es una idea permanentemente resaltada por los autores que usualmente son ubicados en el heterogéneo grupo de los realistas americanos. Como señala Hart: “el juez Oliver Wendell Holmes dijo en 1894, “las predicciones acerca de lo que de hecho harán los tribunales es lo que entiendo por derecho, y nada más pretencioso”. El gran jurista de Harvard John Chipman Gray escribió, al comenzar el siglo, “el derecho del Estado o de cualquier cuerpo organizado de hombres está compuesto por las reglas que los tribunales, esto es los órganos judiciales de ese cuerpo, establecen para la determinación de los derechos y deberes jurídicos”. Un jurista posterior, Karl Llewellyn, dijo en 1930, “lo que los funcionarios (esto es, principalmente los jueces) hacen respecto de las disputas es, en mi opinión, el derecho mismo” (Hart, H. L. A. “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”..., p. 328).

<sup>109</sup> Cfr. Hierro, Liborio L. *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho...*, pp. 314-316.



judicial) es siempre productora de Derecho. Los enunciados jurídicos emitidos por el Parlamento, a lo más, serían “predicciones” de la forma cómo van a fallar –o deberían fallar– los jueces<sup>110</sup>.

Este planteamiento, en su momento, recibió severas críticas (Hart) incluso desde dentro del propio realismo (Ross). Antes de pasar al siguiente punto, voy a dejar planteadas en forma de pregunta algunas de ellas: si las reglas sólo existen después de haber sido recogidas por los jueces ¿cómo se explica la creación y competencias de los mismos?, ¿qué pasa con las reglas emitidas por el Parlamento cuya validez o aplicación a un caso concreto no ha sido cuestionada en sede judicial?, ¿simplemente no existen?, ¿y si son de hecho cumplidas por los destinatarios de las mismas?, ¿es cierto que los jueces son totalmente libres al momento de cumplir su función de resolver controversias?, ¿realmente los jueces, desde el punto de vista interno, no sienten que “lo que dice la Constitución es Derecho”?, es decir, ¿ni siquiera existe la “regla de reconocimiento” de Hart?, ¿o es que habría que reformular la misma y afirmar que “lo que los jueces dicen es Derecho”?, ¿es suficiente constatar que algunas resoluciones tienen carácter definitivo para de ahí concluir que cualquier fallo judicial es válido?

### **3.2 La tesis intermedia de la interpretación judicial.**

De acuerdo con Guastini, esta teoría, la más aceptada en la actualidad, “sostiene que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento, y, a veces, una actividad de decisión discrecional”<sup>111</sup>. Ello sería así porque, según los autores que suscriben este planteamiento, el lenguaje en el que están expresados los enunciados jurídicos tan sólo sería “parcialmente indeterminado”<sup>112</sup> y, por ende, sí sería posible distinguir en el seno de los mismos “un núcleo esencial luminoso y, en torno suyo, una indefinida zona de penumbra”<sup>113</sup>. Como explica Guastini, la tesis intermedia, sin negar la vaguedad del

---

<sup>110</sup> Hart resume este planteamiento, con el que no está de acuerdo, de la siguiente manera: “El escepticismo ante las reglas reclama seriamente nuestra atención, pero sólo como una teoría del papel de las reglas en la decisión judicial. En esta forma, (...), dicha teoría equivale a afirmar que, en lo que concierne a los tribunales, nada hay que circunscriba el área de textura abierta: de modo que es falso, si no absurdo, considerar que los propios jueces están sometidos a las reglas u “obligados” a decidir casos en la forma que lo hacen. (...). Nada hay que los tribunales consideren como pauta o criterio de conducta judicial correcta, y, por ello, nada hay en esa conducta que manifieste el punto de vista interno característico de la aceptación de reglas. (...) el hecho de que las reglas que, según los jueces, los obligan al decidir un caso, tienen textura abierta, o presentan excepciones que no son exhaustivamente especificables de antemano, y el hecho de que al desviarse de las reglas no hará pasibles a los jueces de una sanción física, son invocados a menudo como prueba favorable a la posición del escéptico. Estos hechos son subrayados para demostrar [como decía Llewellyn en *The Bramble Bush*] que las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos” (Hart, H. L. A. *El concepto de Derecho...*, pp. 172-173).

<sup>111</sup> Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica...*, p. 16.

<sup>112</sup> Moreso i Mateos, Josep Joan. Op. Cit., p. 120.

<sup>113</sup> Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica...*, p. 16.

lenguaje normativo, “saca como conclusión que, junto a los casos “claros”, en los cuales la aplicación de una norma no supone problema alguno, ya que caen en su ámbito de aplicación de un modo evidente, existen siempre casos “difíciles” o “dudosos”, en los cuales el juez ejerce su poder discrecional”<sup>114</sup>. Es decir, de acuerdo con este planteamiento, todo aquel caso que se refiera a la aplicación del “núcleo luminoso” del enunciado normativo constituye un “caso fácil” (se sabe con seguridad que cae en su ámbito de aplicación), mientras que todo aquel caso que se refiera a la aplicación de la “zona de penumbra” constituye un “caso difícil” (no se sabe con certeza si cae o no en su ámbito de aplicación)<sup>115</sup>. Así, pues, la discrecionalidad judicial estaría circunscrita a la zona de penumbra. Y es que, como explica el mismo Guastini, para los defensores de la teoría intermedia: “los jueces no ejercen discrecionalidad alguna cuando aplican una norma a los casos claros; ejercen discrecionalidad sólo cuando aplican (o niegan la aplicación de) una norma a los casos de penumbra; ya que, en esos supuestos, la decisión de la controversia requiere una elección entre al menos dos soluciones alternativas”<sup>116</sup>. De esta forma, en el marco de esta posición, la actividad intelectual de los jueces en torno a la interpretación será un acto del conocimiento, en lo se refiere al núcleo luminoso, y por el contrario, será un acto de la voluntad, en lo se refiere a la zona de penumbra<sup>117</sup>. Así, pues, en la tesis intermedia solamente la atribución de significado a una fuente “oscura” requiere de valoraciones, elecciones y decisiones, mientras que la atribución de significado a una fuente “clara” sería una actividad puramente cognoscitiva, es decir, destinada a descubrir el significado preexistente en el texto normativo sujeto a interpretación. Y, si ello es así, tan sólo en lo que se refiere a los “casos difíciles” los jueces actuarían con discreción fuerte y, por tanto, solamente ahí serían un real “Poder Judicial”. En los demás casos, se sobreentendiendo, se someterían a la voluntad del legislador constitucional u ordinario.

### **3.2.1 La textura “abierta” del Derecho: la zona de certeza y la zona de penumbra.**

La tesis intermedia típica es el planteamiento de Hart sobre la textura “abierta” del Derecho. Y es que, para este autor, tanto la tesis cognitiva como la tesis escéptica, a las que llama “noble sueño” y “pesadilla” respectivamente, son sólo “ilusiones” que no se corresponden con las constataciones de los juristas en sus horas de “vigilia”: ahí los jueces a veces actúan según la tesis cognitiva (el noble sueño) pero en otras lo hacen

<sup>114</sup> Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional...*, p. 40.

<sup>115</sup> Cfr. Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica...*, pp. 16-17.

<sup>116</sup> Ibid., p. 17.

<sup>117</sup> Como dice Guastini, para la tesis intermedia, “cuando un juez decide un caso fácil, se limita a tomar conocimiento de la norma (...). Por el contrario, cuando resuelve un caso difícil, realiza un acto de voluntad (...)” (Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional...*, pp. 40-41).

según lo señalado por la tesis escéptica (la pesadilla)<sup>118</sup>. Hart llega a esta conclusión porque, siendo fiel al postulado positivista de la neutralidad valorativa<sup>119</sup>, señala que, en virtud del carácter relativamente indeterminado de lenguaje natural, el Derecho (entendido como un conjunto de reglas positivas cuya validez, en última instancia, deriva de una regla “social” de reconocimiento) tiene una “textura abierta” –es decir, no es pleno ni totalmente determinado–, y, como tal, es lógico que en él existan supuestos no previstos o, al menos, que no se sabe si están previstos o no<sup>120</sup> (en contraposición a lo sostenido por Dworkin); aunque, como también dirá, ello no supone negar que en el Derecho existan casos que claramente caen dentro del ámbito de aplicación de alguna norma jurídica (en contraposición a los planteamientos realistas).

Explicaré con más detalle lo señalado en el párrafo precedente. Como se sabe, Hart apela a la noción de “regla” para describir la estructura y el funcionamiento del Derecho. De esta forma, para Hart el Derecho viene a ser un conjunto de “reglas”. Éstas, desde el punto de vista externo, vienen a ser las conductas que habitualmente se cumplen en una sociedad determinada (por ejemplo, detener el auto en la luz roja del semáforo) y, por supuesto, las sanciones posibles frente a la desviación o incumplimiento de dichas conductas (por ejemplo, la imposición de una multa por no detener el auto en la luz roja del semáforo); y, desde el punto de vista interno, vienen a ser la razón, precisamente, por la cual los miembros de dicha sociedad tienen la obligación de seguir esas conductas habituales (por ejemplo, si los conductores detienen el auto en la luz roja es porque existe una “regla” de tránsito –y no otra cosa– que les impone esa obligación) y, a la vez, el criterio que justifica la imposición de una sanción frente a la infracción de las conductas que habitualmente se cumplen (por ejemplo, la multa por no detener el auto en la luz roja se impone, no por capricho del policía, sino porque no se cumplió una “regla” de tránsito)<sup>121</sup>.

Hart, a su vez, distingue entre “reglas primarias” y “reglas secundarias”. De acuerdo con este autor, las primeras son reglas que establecen libertades, derechos, deberes, sanciones, etc., para los individuos; mientras que las segundas otorgan facultades a los particulares o las autoridades públicas para crear, modificar, extinguir y/o adjudicar

---

<sup>118</sup> Cfr. Hart, H. L. A. “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”..., p. 348.

<sup>119</sup> Hart en el Postscriptum al Concepto de Derecho explica que su aproximación al Derecho es descriptiva y, por tanto, moralmente neutra. Es decir, pretende explicar la estructura y funcionamiento del Derecho existente sin tomar en cuenta la consideración moral que sobre las prácticas jurídicas analizadas se pudiera realizar (Cfr. Hart, H. L. A. “Postscriptum”. En: *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bulloch, Penélope y Joseph Raz (editores). Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 1997, 1997, pp. 92-93).

<sup>120</sup> Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de Derecho*..., pp. 155-169.

<sup>121</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 110-113.

reglas primarias<sup>122</sup>. A su vez, las reglas secundarias se clasifican en “reglas de cambio”, “reglas de adjudicación” y “reglas de reconocimiento”. Las reglas de cambio son reglas que otorgan facultades a los particulares y a los legisladores para crear, modificar o extinguir reglas primarias (por ejemplo, la regla que dice que los sindicatos y los empleadores pueden pactar libremente un convenio colectivo o la regla que dice que las Leyes se aprueban por mayoría simple del número de legisladores presentes en la sesión)<sup>123</sup>. Las reglas de adjudicación, por su parte, son reglas que asignan competencias para determinar si en un caso concreto se ha infringido o no una regla primaria (por ejemplo, las reglas relativas a la función judicial)<sup>124</sup>. Finalmente, la regla de reconocimiento es la regla que establece el criterio “último” de identificación de todas las reglas válidas del sistema (tanto primarias como secundarias): ésta es la regla que establece el criterio para identificar la validez de la regla que está en lo más alto de la jerarquía normativa (la regla “suprema” del sistema); regla esta última (la Constitución por ejemplo) que es, a su vez, la que establece los criterios para identificar a todas las demás reglas válidas que están por debajo de ella en la jerarquía normativa (por ejemplo, la Ley, el Reglamento, etc.). De esta forma, para Hart “(...) la validez de la [...norma suprema...] está dada por una regla que establece que “lo que la [...norma suprema...] dice es derecho”. Esta es la regla de reconocimiento del sistema jurídico, en tanto suministra los criterios de validez –la [...norma suprema...] y las normas subordinadas a ésta– por referencia a los cuales se identifican las normas que son reconocidas como pertenecientes a dicho sistema”<sup>125</sup>.

Ahora bien, luego de describir la estructura y el funcionamiento del ordenamiento de esta forma, Hart explica que el Derecho no prevé solución, en forma de regla (y si no es regla no es Derecho), para todos los casos posibles. Y ello es así porque las reglas se expresan en el lenguaje natural de los seres humanos y éste, por definición, es vago o ambiguo (aunque no totalmente vago o ambiguo como se verá en su momento)<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de Derecho...*, pp. 101-102.

<sup>123</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 119.

<sup>124</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 120.

<sup>125</sup> Rodríguez, César. Op. Cit., p. 27. En palabras de Hart: “Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema” (Hart, H. L. A. *El concepto de derecho...*, p. 129). Es conveniente resaltar que, a diferencia de la norma hipotética de Kelsen, la regla de reconocimiento no es presupuesta o hipotética. Para Hart, la existencia de la regla de reconocimiento es un dato fáctico: así se comportan, desde el punto de vista interno, los operadores jurídicos. Ellos, en su práctica diaria, aceptan que el criterio supremo (la Constitución por ejemplo) es Derecho y, por tanto, que en él se establecen los criterios de identificación de las demás normas del sistema (cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho...*, pp. 125-153).

<sup>126</sup> En esta afirmación está la base de la tesis de Hart sobre la creación judicial de Derecho. Como dice Rodríguez, “una constatación lingüística inicial sirve de base a la tesis de Hart sobre este tema: la precisión del lenguaje humano, en general, y del lenguaje jurídico, en particular, es limitada. Las palabras utilizadas en la conversación cotidiana son vagas, aunque tienen significados suficientemente precisos para permitir la comunicación” (Rodríguez, César. Op. Cit., p. 33).

Efectivamente, dos son las razones que llevan a Hart a afirmar que el Derecho tiene “textura abierta”: (i) las “reglas”, en tanto instrumento de control social, han sido formuladas apelando a términos “generales” y, por lo general, están dirigidas a “clases” de personas, actos, cosas o circunstancias y no a personas, actos, cosas o circunstancias particulares<sup>127</sup>, motivo por el cual, no se puede saber con certeza cuáles son todos los casos particulares que caen en su ámbito de aplicación o, incluso, cuáles son las conductas exigidas por dicha regla<sup>128</sup>; y (ii) no es posible formular por adelantado reglas de conducta para todas las posibles situaciones que deparará el futuro (las reglas, por lo general, están formuladas para hacer frente a las situaciones que ya conocemos) y, por ende, es muy posible que, con el paso del tiempo, vayan apareciendo supuestos que en su momento no fueron previstos y para los que, evidentemente, o bien no existe una solución en forma de regla o bien no se sabe si existe una dentro de las reglas existentes<sup>129</sup>.

Queda claro, entonces, que para Hart, al tener el Derecho textura abierta, existirán supuestos para los cuales no existirá una solución en forma de regla general (una laguna), habrá duda o incertidumbre acerca de si el Derecho ha previsto una solución en forma de regla general (una indeterminación sobre la presencia de una laguna) o, habiéndola previsto, no se sabrá con exactitud cuáles son las conductas exigidas por dicha regla general (una indeterminación sobre la regulación de la regla)... y es, precisamente, en estos supuestos en los que, de acuerdo con Hart, entrará a tallar la figura del juez: él será el sujeto encargado, primero, de determinar el sentido de las reglas formuladas en términos generales y, segundo, de resolver aquellos casos que no fueron previstos o que no se pudieron prever en el pasado. Y dado que, para estos supuestos, el Derecho existente no ha previsto una solución en forma de regla, entonces el juez tendrá plena discreción para producir el Derecho que será aplicado por él al caso

---

<sup>127</sup> En palabras de Hart: “En cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo” (Hart, H. L. A. *El concepto de derecho...*, p. 155).

<sup>128</sup> Como dice Hart: “Aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas. Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos” (Ibid., p. 157).

<sup>129</sup> En palabras de Hart: “Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica “mecánica”. Obviamente ese mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. (...)” (Ibid., p. 160).

concreto<sup>130</sup>. En ese sentido, siguiendo a este autor, se puede decir que la afirmación “los jueces, en el ejercicio de sus funciones, crean –o pueden crear– Derecho”, es una verdad lógica que se sigue de haber constatado que en el Derecho existente no hay solución, en forma de reglas generales, para todos los casos posibles. Es, pues, una consecuencia de la textura abierta del Derecho.

Ahora bien, que en la teoría de Hart el juez tenga el poder de crear Derecho, no quiere decir que, para este autor, ese poder sea ilimitado (a diferencia, por supuesto, de los autores realistas). Efectivamente, si bien es cierto que Hart sostiene que el juez tiene “discreción” al momento de resolver los problemas derivados de la textura abierta del Derecho (si la regla es ambigua, el juez tiene el poder de elegir el sentido que él considera el más adecuado o, incluso, si es aplicable al caso que se le presenta), también lo es que rechaza que ese poder sea totalmente ilimitado. Para él, la función judicial de creación de Derecho es una función “restringida” o “marginal”. Y es que, para Hart, que el Derecho tenga “textura abierta” no quiere decir que sea totalmente indeterminado. Como señala en el Postscriptum a “El concepto de derecho”: “La posición que sostengo (...) es que las reglas y principios jurídicos identificados en términos generales con los criterios suministrados por la regla de reconocimiento poseen con frecuencia lo que he denominado “textura abierta”, de manera que cuando el problema reside en decidir si una regla dada se aplica a un caso particular, el Derecho no puede determinarlo y por esta razón resulta ser parcialmente indeterminada. Tales casos no son sólo casos “difíciles”, (...), sino que el Derecho, en estos casos, es fundamentalmente “incompleto”: no suministra ninguna respuesta a estos interrogantes. Son asuntos que no están jurídicamente regulados y, para llegar a una decisión en estos casos, el juez debe ejercer aquella función restringida de creación de la ley que he llamado discrecionalidad”<sup>131</sup>.

Efectivamente, de acuerdo con este autor, que el Derecho tenga textura abierta, no quiere decir que carezca de un núcleo duro de significado, es decir, que no sea fácilmente aplicable a determinados casos. Según Hart, la textura abierta del Derecho implica que toda regla jurídica tiene una “zona de certeza”, compuesta por casos que caen fácilmente en su campo de aplicación (casos fáciles), y una “zona de penumbra”, compuesta por casos en los que no se sabe con certeza si están o no dentro de su ámbito

---

<sup>130</sup> Como explica Rodríguez: “Hart sostiene que debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando la regla aplicable es imprecisa, el Juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada. En estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho –porque las reglas no le indican una u otra dirección–, sino creándolo para el caso concreto” (Rodríguez, César. Op. Cit., p. 34).

<sup>131</sup> Hart, H. L. A. “Postscriptum”..., p. 109.

de aplicación (casos difíciles). En palabras del mismo Hart: “En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, (...), a los que las expresiones generales son claramente aplicables. (“Es indudable que un automóvil es un vehículo”). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no (“La palabra vehículo, tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?”)”<sup>132</sup>. Indudablemente, esto quiere decir que a veces si es posible identificar qué casos caen en la regla (la zona de certeza) pero otras veces, en virtud de la generalidad del lenguaje, es difícil saber si un caso concreto cae o no en su ámbito de aplicación (la zona de penumbra). Dicho en otros términos, en virtud de que el Derecho ha sido expresado en términos generales y tomando en cuenta solamente las situaciones que son previsibles en la actualidad, para Hart hay que reconocer: (i) que el mismo opera sin dificultades respecto de una gran masa de casos ordinarios y, a la vez, (ii) que es inevitable que exista algún momento en que su aplicación resultará dudosa o indeterminada<sup>133</sup>.

¿Y cuáles son las consecuencias de este planteamiento en su tesis de la discrecionalidad judicial? Indudablemente que los jueces únicamente ejercerán discreción en sentido fuerte –y, por ende, crearán Derecho– en el área de incertidumbre (la zona “abierta” del Derecho): ahí tendrán que decidir libremente si la regla es aplicable o no y, si no lo es, tendrán que crear el Derecho que resuelva la controversia. Como dice Hart: “La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales (...), a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, (...), no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso. Este hecho saliente de la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla (escrita o comunicada por precedente). Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, (...). En un sistema donde el *stare decisis* es firmemente reconocido, esta función de los

<sup>132</sup> Hart, H. L. A. *El concepto de derecho...*, pp. 157-158.

<sup>133</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 159-160. Más allá de realizar esta constatación, Hart también sostiene que el Derecho no puede estar estructurado de modo diferente. Es decir, no sólo es inevitable la presencia de una zona de incertidumbre sino también es deseable: “De hecho todos los sistemas, de maneras diferentes, concilian dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales [la zona de certeza], y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presenten en un caso concreto [la zona de penumbra]” (*Ibid.*, p. 162).

tribunales se asemeja mucho al ejercicio por un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de reglas”<sup>134</sup>. Queda claro, pues, que para Hart, la capacidad del juez de crear Derecho libremente, a diferencia de la posición realista que se ha estudiado, se encuentra limitada a la zona de incertidumbre<sup>135</sup>. En ese sentido, no cabe duda que la labor de los jueces, en la teoría de este autor, a veces es productora y a veces re-productora de Derecho. En el área de certeza actuara de manera similar al razonamiento silogístico, en cambio en el área de penumbra actuará de la misma forma que señalan los realistas. Todo dependerá, al final, del área del Derecho en la que se esté moviendo.

### **3.2.2 La justificación de la sentencia en los casos de lagunas normativas: la necesaria creación judicial de Derecho.**

Otra posición calificable de intermedia en torno a la función judicial, es la defendida por el profesor argentino Eugenio Bulygin. Éste autor, al igual que Hart, sostendrá que “los jueces no crean Derecho en situaciones normales, pero sí lo hacen porque crean normas generales en situaciones muy especiales”<sup>136</sup>. Efectivamente, Bulygin sostendrá que, en tanto la labor de los jueces consiste en resolver conflictos de intereses, en los supuestos de lagunas normativas (que para él, como Hart, vendrían a ser casos marginales), los jueces se verán obligados a crear ellos mismos la norma general que, como premisa mayor del silogismo judicial, justificará el fallo que finalmente adopten; motivo por el cual, en estos casos, pueden decidir fallar libremente tanto a favor como en contra de la demanda (todo dependerá de la norma general que al final construyan). En tal sentido, ésta es una posición que, en lo que se refiere a los supuestos de lagunas normativas, supone que los jueces actúan con discreción en sentido fuerte. Por supuesto, en las llamadas “situaciones normales”, para este planteamiento, los jueces no harían más que aplicar la solución prevista en el Derecho y, por tanto, a lo más actuarían con discreción en sentido débil. Consecuentemente, en los casos normales la función judicial sería “cognoscitiva”, mientras que en las “situaciones muy especiales” sería un acto de la voluntad<sup>137</sup>. Así, pues, es una tesis intermedia: a veces lo juez “crean” Derecho pero a

<sup>134</sup> Hart, H. L. A. *El concepto de derecho...*, pp. 168-169.

<sup>135</sup> Incluso en su Postscriptum fue mucho más radical: “Es importante señalar que la facultad de creación de Derecho que le atribuyo a los jueces para regular casos parcialmente indeterminados por el Derecho es diferente de una legislatura: no sólo están tales facultades sujetas a muchas restricciones que limitan sus opciones de las que puede estar libre una legislatura, sino que al ejercer el juez esta facultad únicamente para disponer de casos particulares no puede utilizarla para imponer reformas a gran escala ni nuevos códigos. Sus facultades son entonces “intersticiales” y están sujetas a muchas limitaciones sustantivas” (Hart, H. L. A. “Postscriptum”..., pp. 136-137).

<sup>136</sup> Bulygin, Eugenio. Op. Cit., p. 21.

<sup>137</sup> Como precisa en otro momento, la tesis de la discrecionalidad que defiende “no afirma que los jueces tienen siempre discreción, sino que en algunas circunstancias especiales (lagunas normativas), el juez que tiene que resolver sobre el fondo del litigio tiene discrecionalidad” (Bulygin, Eugenio. “En defensa de El



veces simplemente lo “re-producen”. Expliquemos con más detalle las razones que da Bulygin, que creo son más elaboradas que las que da Hart, para demostrar que los jueces tienen plena discreción para crear Derecho en los supuestos de lagunas normativas (y, por supuesto, que en el Derecho existen casos no previstos o, lo que es lo mismo, lagunas normativas).

El primer paso en el razonamiento de Bulygin es demostrar que la tesis de Kelsen sobre la creación judicial de Derecho es errónea. Como se sabe, este último afirmaba que el Derecho era un conjunto de normas conformado por normas generales (por ejemplo, las leyes) y por normas individuales (por ejemplo, las sentencias) y, en lo que nos interesa, que los jueces siempre creaban Derecho dado que siempre creaban normas individuales<sup>138</sup>. Pues bien, para cuestionar esta posición, Bulygin, primero, definirá el sentido del término “norma” en el Derecho y, luego, a partir de ello, profundizará en la distinción entre “norma general” y “norma individual”.

Veamos, para Bulygin, las normas jurídicas vienen a ser prescripciones imperativas, prohibitivas o permisivas que correlacionan un caso (el “supuesto de hecho”) con una solución (la “consecuencia jurídica”). Es decir, son prescripciones que ordenan, prohíben o permiten (la solución) hacer o no hacer algo (el caso)<sup>139</sup>. Si ello es así, para Bulygin, es perfectamente posible diferenciar: (i) entre un “caso individual”, es decir, una conducta concreta o real, acaecida en un espacio-tiempo determinado (por ejemplo, “Pedro mató a Juan”), y un “caso genérico”, es decir, una conducta abstracta o posible, en tanto generalización y previsión de la realización de posibles conductas concretas (por ejemplo, “el que mata a otro”); y (ii) entre una “solución individual”, es decir, una prescripción que califica como obligatorio, prohibido o permitido cierta conducta concreta y real (un caso individual), y una “solución genérica”, es decir, una prescripción que caracteriza de manera abstracta como obligatorias, prohibidas o permitidas cierta clase de acciones genéricas de posible realización (un caso genérico)<sup>140</sup>. En tal sentido, para Bulygin, una norma general será una prescripción imperativa, prohibitiva o permisiva que correlaciona un caso general con una solución

---

Dorado. Respuesta a Fernando Atria”. En: *Lagunas en el Derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 78-79).

<sup>138</sup> Kelsen textualmente señalaba lo siguiente: “La juris-dictio o acto de “decir el derecho” no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren esos términos (...). La jurisdicción tiene, (...), un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción. La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho” (Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial universitaria de Buenos Aires, 13ª edición, 1975, pp. 151-152).

<sup>139</sup> Cfr. Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”..., p. 24.

<sup>140</sup> Cfr. Ibid., p. 25.

general (por ejemplo, “el que mata a otro será sancionado con una pena de prisión no mayor de 20 ni menor de 10 años”) y, por el contrario, una norma individual vendrá a ser una prescripción imperativa, prohibitiva o permisiva que correlaciona un caso individual con una solución individual (por ejemplo, “Pedro por matar a Juan debe cumplir una pena de prisión de 15 años”)<sup>141</sup>.

Habiendo establecido esta diferencia, Bulygin pasa a estudiar la estructura de las resoluciones judiciales y, sobre todo, de su parte justificativa. Así, primero, dejará constancia de que “la sentencia es una entidad compleja que consta de dos partes: los considerandos y la parte resolutive o dispositiva”; siendo el caso que “la parte resolutive en la cual el juez condena al acusado a tantos años de cárcel o al demandado a pagarle al actor tal suma de dinero es una norma individual, pero esta norma individual está precedida por los considerandos en los que el juez justifica o fundamenta su decisión (...)”<sup>142</sup>. Es decir, si en la sentencia existe una norma individual, la parte resolutive, tampoco debe perderse de vista que ésta viene antecedida por la motivación que es donde el juez deja constancia de las razones que lo han llevado a adoptar una determinada decisión (optar entre uno de los intereses en disputa). Y será, precisamente, en los considerandos, donde –a juicio de Bulygin– se manifiesta –o se tiene que manifestar– la norma general que le sirve de sustento al juez para ordenar, prohibir o permitir lo que fuera en la parte resolutive:

“En principio, una norma individual dictada por el juez, esto es, la parte dispositiva de su sentencia está justificada cuando se infiere lógicamente de los considerandos. Para ello los considerandos deben contener un fundamento fáctico y un fundamento normativo. El fundamento fáctico consiste en la descripción del caso individual y la constatación de que ese caso individual es una instancia de un cierto caso genérico, esto es, que el caso individual tiene la propiedad definitoria de un determinado caso genérico. Esta operación se llama habitualmente “subsunción”. El fundamento normativo es una norma general que soluciona el caso genérico al que pertenece el caso individual sometido a la decisión del juez. Para que su decisión esté justificada el juez debe subsumir el caso individual en un caso genérico y luego dictar una resolución o norma individual que corresponda a la solución que la norma general invocada en los considerandos correlaciona con el caso genérico correspondiente”<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Cfr. Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”..., p. 25.

<sup>142</sup> Ibid., p. 25.

<sup>143</sup> Ibid., p. 26.

Como se puede apreciar, las distinciones analíticas introducidas por Bulygin entre norma genérica y norma individual, de un lado, y parte resolutive y considerandos, de otro, ponen de manifiesto no sólo que la sentencia contiene tanto una norma general como una norma individual, sino sobre todo que será en la motivación, en un supuesto de laguna normativa, en donde aparecerá la norma general creada por el juez: si el juez tiene que resolver el conflicto de intereses que se le plantea y siempre debe apoyar su decisión en una norma general pero no existe una norma general que le ofrezca una solución, entonces para que su resolución esté justificada él tendrá que “crear” el respectivo fundamento normativo. Contrario sensu, esto también quiere decir que si el juez resuelve la controversia aplicando una norma general producida por el legislador, entonces realmente no estará creando nada. Y ésta es, precisamente, la crítica que Bulygin le hace a Kelsen: “Es cierto que la parte dispositiva de la sentencia es el resultado de un acto de voluntad y que el juez al dictar la norma individual agrega una serie de datos que no figuran en la norma general. Pero esto no implica que el juez esté creando derecho. Si la norma individual dictada por el juez, esto es, la parte dispositiva de su sentencia, está fundada en una norma general creada por el legislador, parece exagerado hablar de “creación del derecho”. (...) el juez sólo crea derecho cuando la norma general mediante la cual justifica su decisión no es una norma creada por el legislador (...)”<sup>144</sup>. Consecuentemente, queda claro que en el razonamiento de Bulygin, contrariamente a lo sostenido por Kelsen, los jueces solamente crearían Derecho en aquellos supuestos en los que, para resolver un caso individual, no se basan en una norma general establecida por el ordenamiento jurídico con carácter previo.

Llegado a este punto, Bulygin introduce una pregunta fundamental: si los planteamientos tradicionales dicen que los jueces no deben nunca crear Derecho, entonces ¿qué deben y pueden hacer cuando el Derecho no ofrece una solución genérica para el caso individual que está en sus manos, es decir, qué deben hacer si se presenta una laguna normativa?<sup>145</sup> Es aquí donde demostrará, en debate con Kelsen, que en el Derecho pueden haber lagunas (Kelsen decía que el Derecho era un sistema necesariamente “pleno” en tanto que siempre existe una norma que señala que “todo lo que no está prohibido, está permitido”<sup>146</sup>) y, en debate con Atria, que en estos casos,

---

<sup>144</sup> Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”..., p. 27.

<sup>145</sup> Cfr. Ibid., p. 27.

<sup>146</sup> Para demostrar que no hay lagunas en el Derecho, Kelsen dirá lo siguiente: “Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente

como no hay norma general que le imponga nada, el juez es libre de construir la norma general en la que apoyará su decisión final y, por tanto, de decidir si falla a favor o en contra de la demanda (Atria, por el contrario, dirá que el juez está obligado a rechazar la misma en tanto que no existe una norma general que ampare la pretensión del demandante<sup>147</sup>).

Para refutar la posición de Kelsen de que en todos los ordenamientos jurídicos siempre existe un principio que dice que “todo lo que no está prohibido, está permitido” y, por tanto, que no hay conductas que no estén reguladas por el Derecho (o bien están prohibidas o bien están permitidas), Bulygin distinguirá entre “normas” y “proposiciones normativas”, de un lado, y entre las distintas acepciones del término permitido, de otro. Así, en lo que se refiere a la primera distinción, dirá que “las normas son expresiones prescriptivas que prohíben, ordenan o permiten ciertas conductas”<sup>148</sup> mientras que “las proposiciones normativas son enunciados descriptivos que informan acerca de la existencia de normas”<sup>149</sup>. Por su parte, en lo que se refiere a los significados del término “permitido”, explicará que “cuando figura en una norma, es decir, cuando es usado prescriptivamente, “permitido” significa lo mismo que “no prohibido” y “prohibido” significa “no permitido”. Pero cuando figura en una proposición normativa, “permitido” puede significar dos cosas distintas. Al decir “p está permitido” puedo querer decir, por un lado, que no existe una norma que prohíba p (permisión débil o negativa) o, por el otro, que existe una norma que permite p (permisión fuerte o positiva)”<sup>150</sup>.

Pues bien, para cuestionar a Kelsen, Bulygin aplicará estas distinciones al principio “todo lo que no está prohibido, está permitido” y extraerá las siguientes conclusiones: (i) si es una norma —es decir, una prescripción permisiva en tanto que permite hacer todo lo que no está prohibido— es necesariamente contingente al Derecho positivo (puede existir como puede no existir) y, por tanto, no se puede asegurar que esté presente en todos los ordenamientos jurídico-positivos; y (ii) si es una proposición normativa —es decir, un enunciado descriptivo que indica que en un ordenamiento dado “está permitido hacer lo que no está prohibido hacer”— o bien es absolutamente trivial porque sólo está indicando que en ese ordenamiento cuando no hay una norma que prohíba hacer algo, no está prohibido hacer ese algo (permisión débil), o bien es falsa

---

permitido; (...), cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (...); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, (...). Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio” (Kelsen, Hans. Op. Cit., pp. 172-173).

<sup>147</sup> Cfr. Atria, Fernando. “Sobre las lagunas”. En: *Lagunas en el Derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 18-22.

<sup>148</sup> Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”..., p. 28.

<sup>149</sup> Ibid., p. 28.

<sup>150</sup> Ibid., p. 28.

porque ilógicamente está afirmando que en ese ordenamiento cuando no está prohibido hacer algo, existe una norma que permite hacer precisamente ese algo (permisión fuerte). En cualquier caso, ya sea porque es una norma, ya sea porque es una proposición normativa, para Bulygin, nunca se puede llegar a afirmar que en todo ordenamiento existe siempre una norma que permite hacer todo lo que no está prohibido hacer<sup>151</sup>. Es muy posible, entonces, según Bulygin, que en los distintos sistemas jurídicos existan lagunas normativas. Por tanto, para este autor, la tesis de Kelsen es falsa.

Ahora bien, ¿y que lógicamente sea posible que haya casos no regulados supone que el juez tiene libertad para decidir cómo resolverlos? Como se dijo, Atria sostiene que no ya que, en esos casos, el juez estaría obligado a rechazar la demanda. Efectivamente, Atria parte de distinguir dos preguntas que, según él, Bulygin no distingue: (i) ¿qué establece el derecho para el caso genérico?, y (ii) ¿qué debe hacer el juez en un caso individual que pertenece a ese caso genérico? Así, Atria dirá que responder a la primera pregunta: “no establece nada”, no supone responder a la segunda: “hacer lo que crea conveniente para resolver el caso individual”. Y es que, para Atria, que el Derecho no establezca un caso genérico en el cual subsumir el caso particular que está en manos del juez, no significa que no haya una respuesta correcta a la segunda pregunta: para él, el juez debe rechazar la demanda. Entonces, para este autor, que hayan “lagunas normativas” no implica, como cree Bulygin, que el juez tiene discreción para resolver el caso individual que se le ha presentado: simplemente, debe rechazar la demanda<sup>152</sup>. Es conveniente resaltar que esta posición de Atria parte de considerar, con Hart, que la función primordial de los jueces no es, como sostiene Bulygin, resolver conflictos de intereses sino simplemente “la determinación autoritativa del hecho de violación de las reglas primarias”<sup>153</sup>. Y si ello es así, en esta lógica, en los casos de lagunas normativas, al no haber violación de reglas primarias que determinar, entonces el juez no tendrá más opción que rechazar la demanda<sup>154</sup>.

Para refutar esta argumentación, en primer lugar, Bulygin resaltaré que Atria ha construido sus argumentos sobre la base del derecho penal que, como se sabe, sí

<sup>151</sup> Cfr. Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”..., p. 29.

<sup>152</sup> Cfr. Atria, Fernando. Op. Cit., pp. 18-21.

<sup>153</sup> Cfr. Ibid., pp. 18-22.

<sup>154</sup> Atria lo plantea en los siguientes términos: “Un órgano aplicador del derecho tiene el rol de aplicar reglas jurídicas una vez que sus hechos operativos han ocurrido. Si no hay una regla cuyos hechos operativos hayan ocurrido, no hay una regla que pueda ser aplicada. Esto significará que muchos conflictos de intereses no serán solucionados por el derecho, pero no significa que los tribunales tendrán discreción. Si no existe ninguna regla que se refiera a las bicicletas en el parque, entonces Dworkin no puede ser multado por un órgano aplicador del derecho si anda en bicicleta por el parque. Si es procesado por ello, hay una respuesta jurídicamente correcta: debe ser absuelto. En ambos casos lo que la corte debe hacer se sigue de su caracterización: un órgano aplicador del derecho” (Ibid., p. 22).

contiene una norma que señala que cuando no hay norma que sanciona la conducta del acusado, el juez debe absolverlo: el principio “*nullum crimen sine lege*” (el principio de legalidad). Es decir, en el derecho penal no hay lagunas y, por tanto, ahí no se aplican las tesis defendidas por Bulygin porque, como se recordará, para este autor el juez solamente crea derecho en los supuestos de lagunas normativas<sup>155</sup>. Sin embargo, Bulygin señalará que en los procesos civiles, comerciales, laborales, etc., cuando son contradictorios o contenciosos, siempre hay conflictos de intereses que el juez debe resolver. Así, por ejemplo, en un proceso civil la demanda consistirá en el que el juez obligue al demandado a dar, hacer o no hacer algo a favor del demandante y, por el contrario, la posición de este último será que él no tiene la obligación de dar, hacer o no hacer algo a favor del primero<sup>156</sup>. Claramente, pues, habría un conflicto de intereses que resolver.

Asimismo, dirá que la tesis de Atria implica una diferencia fundamental entre la sentencia que hace lugar a la demanda y la sentencia que la rechaza. Para la primera, el juez necesitaría una norma general que diga que el demandado debe hacer –o no hacerlo que el actor pretende que haga –o no haga–; mientras que para la segunda tan sólo sería suficiente el hecho de que no exista una norma que ampare la pretensión del demandante<sup>157</sup>. Pues bien, para Bulygin, no existe tal diferencia porque, como vimos, toda sentencia, tanto la que hace lugar a la demanda como la que la rechaza, contiene una norma individual en la parte resolutoria: en el primer caso, una que ordena al demandado hacer lo que pide el demandante y, en el segundo, una que permite al demandado no hacer lo que pide el demandante. Pues bien, en ambos casos, al tratarse de normas individuales (y no de meras proposiciones normativas) que resuelven el conflicto de intereses en manos del juez, éste tiene que justificar las mismas mediante normas generales –es decir, prescripciones que correlacionan el caso genérico al que pertenece el caso individual con la solución genérica–, ya sea del tipo “es obligatorio hacer X” ya sea del tipo “está permitido no hacer X”, donde X ya no es la conducta que se requiere del demandado, sino la abstracta y general clase de conductas en la que se subsume la particular y concreta del demandado<sup>158</sup>. Y como por hipótesis, dirá Bulygin, “el caso genérico correspondiente no está solucionado por ninguna norma general, el

---

<sup>155</sup> Cfr. Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”..., p. 31.

<sup>156</sup> Cfr. Ibid., p. 31. No obstante, en un trabajo posterior, aceptando que en el proceso penal liberal la función judicial sí consiste en la “determinación autoritativa de la violación de una regla penal primaria”, reformulará su planteamiento en los siguientes términos: “el proceso penal liberal consiste en la determinación autoritativa de que se ha violado una norma penal, mientras que en el proceso civil capitalista se trata de la solución del conflicto entre actor y demandado” (Bulygin, Eugenio. “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria”..., pp. 76-77).

<sup>157</sup> Cfr. Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”..., p. 31.

<sup>158</sup> Cfr. Ibid., p. 32.

juez tiene que crear una norma general para solucionarlo”<sup>159</sup>. En simple, según esta posición, en los casos de lagunas normativas, la creación judicial de derecho viene impuesta por las necesidades de justificación de toda sentencia o norma individual. Ya sea absolutoria, ya sea condenatoria, ya sea fundada, ya sea infundada, la sentencia del juez siempre debe estar basada en una norma general en la cual se pueda subsumir el caso particular que debe resolver (sino la sentencia sería arbitraria) y, por supuesto, si esa norma no ha sido prevista por el legislador, entonces el juez tendrá que crearla<sup>160</sup>. Con esto, para Bulygin, estaría demostrado que los jueces siempre crean Derecho en los supuestos de lagunas normativas y, sobre todo, que lo crean discrecionalmente (si no hay un estándar previo que deban respetar, es lógico suponer que la creación del mismo será un acto puro de la voluntad).

Para demostrar que en un caso no regulado el juez puede fallar en cualquier sentido, Bulygin refutará el siguiente caso propuesto por Atria: una pareja escocesa de recién casados no se pone de acuerdo a dónde ir de vacaciones y el Derecho escocés no dice nada acerca de quién tiene el derecho de elegir el lugar de las vacaciones en caso de disputa. Para Atria, en caso cualquiera de los cónyuges interpusiera una demanda, el juez estaría obligado a rechazar la misma. No obstante, Bulygin acertadamente dirá lo siguiente: “¿Pero no podría acaso un juez suficientemente conservador hacer lugar a la demanda del marido, decidiendo –por analogía con el art. 53 del Código Civil argentino (ahora ya derogado) que obliga a la mujer a “habitar con su marido dondequiera que éste fije su residencia”– que es el marido quien puede elegir el lugar de las vacaciones? O un juez feminista ¿no podría resolver hacer lugar a la demanda de la mujer? Al hacerlo no violaría el derecho; simplemente aplicaría una nueva norma general que no existía antes de su sentencia. Lo decisivo es que en los tres casos, tanto cuando hace lugar a la demanda del marido o de la mujer, o cuando rechaza ambas demandas, el juez dicta una norma individual que sólo puede estar justificada por una norma general creada por el mismo juez. Es importante subrayar que esto ocurre (...) también cuando el juez rechaza la demanda, pues en tal caso permite al marido, o a la mujer, o a ambos, no seguir la decisión del otro cónyuge”<sup>161</sup>. Consecuentemente, está claro que el juez, en los casos de lagunas normativas, tiene plena discreción para construir la norma general

<sup>159</sup> Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?” ..., p. 32.

<sup>160</sup> Como señala en otro momento: “La discrecionalidad proviene del hecho de que el juez tiene que resolver el caso individual sometido a él y para ello tiene que dictar una norma individual (y no mera proposición normativa), ya sea una norma que ordena al demandado a hacer lo que el actor pretende (si resuelve hacer lugar a la demanda), ya sea una norma que permite no hacerlo (si decide rechazarla). Para justificar esta norma individual el juez necesita una norma general que correlacione el caso genérico al que pertenece el caso individual con una determinada solución y como, por hipótesis, el caso genérico es una laguna normativa y por ende no existe tal norma general, se sigue que el juez tiene que crear esa norma general. Si no lo hiciera, su decisión sería arbitraria” (Bulygin, Eugenio. “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria” ..., p. 79).

<sup>161</sup> Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?” ..., p. 34.

que estará en la base de su decisión y, por tanto, de decidir libremente si acepta o rechaza la demanda<sup>162</sup>.

Resumiendo, la posición de Bulygin es que en los casos no resueltos por una norma general emitida con carácter previo por el legislador (un supuesto de laguna normativa), las necesidades de justificación de la sentencia, le imponen al juez la obligación de crear una norma general para amparar o rechazar la demanda; norma general que, como se vio en el ejemplo de las vacaciones maritales, será creada a discreción por parte del juez. Es por esta razón que terminará diciendo: “la separación tajante entre la función del poder legislativo como creador de las normas generales y el poder judicial como mero aplicador de esas normas resulta insostenible. No por la crítica de Kelsen, (...), sino porque los jueces crean también normas generales. Esto no sólo ocurre con los acuerdos plenarios de las cámaras de apelación o ciertas sentencias del tribunal supremo. También los jueces ordinarios se ven obligados a crear normas generales, cuando se enfrentan con casos de lagunas o contradicciones normativas y también en casos de lagunas axiológicas (...)”<sup>163</sup> (el subrayado es mío). Y si ello es así, no cabe duda que, en la posición de Bulygin, subyace una concepción de los jueces como un verdadero “Poder Judicial” pero –y esto es importante– sólo ejercerían ese poder en los supuestos de lagunas normativas. En los demás casos, los jueces actuarían como una especie de “Poder Nulo” en la medida que, al no crear Derecho sino aplicar el producido por el legislador democrático, no estarían imponiendo su propia voluntad.

### **3.3 La tesis de la determinación “mínima” del Derecho.**

Este planteamiento, defendido por Patricia Cuenca, es el más reciente de todos. La autora del mismo sostiene que, a diferencia de todas las posiciones antes vistas (la tesis cognitiva, la escéptica radical y la intermedia), la función judicial constituye un acto “re-productor” y “productor” de derecho a la vez o, lo que es lo mismo, un acto del conocimiento y de la voluntad al mismo tiempo. Efectivamente, de acuerdo con esta posición, el juez como producto de su actividad interpretativa siempre crea la norma jurídica que aplica para resolver la controversia que está en sus manos (a diferencia de la tesis cognitiva que sostiene que nunca lo hace y de la intermedia que afirma que sólo lo hace en los casos de lagunas normativas) pero, según Cuenca, esto no supone asumir que el juez cuente con discrecionalidad “absoluta” para producir Derecho (a diferencia de la tesis escéptica y de la tesis intermedia en lo que a la zona de penumbra se refiere).

<sup>162</sup> Como dice en otro momento: “Y en el caso de una laguna normativa el juez no está obligado ni a condenar al demandado, ni a rechazar la demanda; sólo está obligado a resolver el conflicto y lo puede hacer de cualquiera de las dos maneras. De ahí su poder discrecional” (Bulygin, Eugenio. “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria”..., p. 78).

<sup>163</sup> Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”..., p. 35.



Y es que, según su planteamiento, sí existirían límites cognoscitivos, es decir, impuestos por el propio Derecho, a la labor interpretativa del juez; límites que determinarán que su función, aún cuando es en gran medida un acto de la voluntad (o de creación), sea al mismo tiempo un acto del conocimiento (o de aplicación). ¿Y cuáles son esos “límites”?, o, mejor aún, ¿de dónde provienen? Para Cuenca esos límites vendrían impuestos por la idea de Derecho como un “sistema” cuya “función” inherente es el control social; concepción que exigiría para ser viable asumir que los enunciados jurídicos son relativamente –o “mínimamente”– determinados (en este planteamiento, como veremos, el sentido literal juega un rol crucial) y, por tanto, que restringen el marco de los posibles significados que válidamente pueden ser atribuidos a una disposición normativa (o texto normativo). Así, pues, ese sentido mínimamente determinado funcionaría como un límite cognoscitivo vinculante para el juez y, luego, una vez que ha operado acotando los posibles significados válidos, recién éste tendrá plena discreción para decidir cuál de todos ellos es el que finalmente aplica. Es así como, para Cuenca, la función judicial es siempre re-productora y productora de Derecho a la vez.

Explicuemos con más detalle esta sugerente posición. Lo primero que habría que resaltar es que, tal como se acaba de decir, detrás de este planteamiento –y, por tanto, condicionando al mismo– subyace una concepción sistemática y funcional del Derecho<sup>164</sup>. Efectivamente, es esta manera de visualizar el fenómeno jurídico la que, en el razonamiento de Cuenca, exigiría asumir que los enunciados jurídicos presentan un sentido “mínimamente” determinado y, sobre todo, que dicho sentido operaría condicionando la validez jurídica de las posibles interpretaciones que el juez, en uso de su voluntad, pudiera realizar. Es más, la propia autora, deja claro que su posición está conectada a –o es tributaria de– dicha manera de observar el fenómeno jurídico. Así, por ejemplo, dirá que “(...) la contemplación del Derecho como un sistema normativo cuya función inherente consiste en la regulación de las conductas humanas en sociedad requiere, cuando menos, afirmar la relativa determinación de los enunciados jurídicos y defender su relevancia en cualquier operación de creación y aplicación normativa y, consecuentemente, impone la adopción de una toma de postura en el ámbito de la interpretación jurídica coherente con estas exigencias”<sup>165</sup>. Claramente, pues, la

---

<sup>164</sup> En el mismo sentido, Rafael de Asís que considera que una real aproximación iuspositivista al Derecho implica considerar al mismo como “un sistema de normas apoyado en la fuerza del Poder político cuya principal función es el control social puesto al servicio de fines diversos” (Asís Roig, Rafael de. Op. Cit., p. 35).

<sup>165</sup> Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*. Madrid: Dykinson, 2008, p. 307. Reitera esta idea, en otro momento, de la siguiente forma: “La consideración de que los enunciados jurídicos tienen un significado, al menos, relativamente determinado susceptible de condicionar su interpretación y aplicación resulta crucial, no sólo para la operatividad efectiva de la dimensión estática del sistema jurídico, sino también

aproximación sistemática y funcional al fenómeno jurídico está en la base de la tesis de la relativa determinación del Derecho defendida por Cuenca.

Esta centralidad de la concepción sistemática y funcional del Derecho en el razonamiento de Cuenca, se aprecia en toda su plenitud cuando utiliza la misma –entre otras razones– para rechazar la tesis escéptica de la interpretación. Y es que, para la autora, asumir que el Derecho es absolutamente indeterminado (como sostiene el escepticismo radical) hace imposible caracterizar al mismo como un conjunto unitario, coherente y pleno de normas (un sistema) que persiguen el control de las conductas humanas (su función). Efectivamente, para Cuenca, el planteamiento escéptico radical: (i) “impide la reconstrucción de la unidad del Ordenamiento a partir de la idea de jerarquía normativa y de la noción sistemática de validez, consistente en la conformidad de las norma inferiores con las normas superiores del sistema”<sup>166</sup>; (ii) “deja sin sentido al rasgo de la plenitud del Ordenamiento” porque, en él, “carece de importancia sostener que el Derecho es capaz de ofrecer una respuesta a todos los casos que se le plantean, si tales respuestas son absolutamente indeterminadas”<sup>167</sup>; (iii) convierte en irrelevante “el deber de coherencia de las normas inferiores con los contenidos de las normas superiores” ya que, desde el escepticismo radical, “la constatación de la presencia de una incompatibilidad entre las normas (...) se convierte en una cuestión eminentemente subjetiva y los criterios de resolución de antinomias, al considerarse indeterminados, resultan inservibles en este contexto”<sup>168</sup>; y (iv) “pone en tela de juicio su viabilidad [del Derecho] como técnica normativa de regulación de comportamientos, al convertir sus mandatos en inútiles o en innecesarios” porque, como es lógico suponer, éste “sólo puede operar como factor relevante de ordenación de las conductas sociales si puede ser comprendido “más o menos del mismo modo” por quienes lo usan, y, por tanto, si sus normas tienen un significado, al menos, relativamente determinado”<sup>169</sup>. Es por ello que, para la autora, el planteamiento escéptico radical no es el que se corresponde con una concepción sistemática y funcional del Derecho (que, por cierto, es la que ella defiende) y, como tal, debe ser descartado.

No obstante, y esto también debe ser resaltado, para Cuenca, la defensa de la concepción sistemática y funcional del Derecho, si bien supone rechazar la tesis escéptica de la indeterminación absoluta de los enunciados jurídicos, no supone aceptar el planteamiento contrario, es decir, la tesis cognitiva de la total determinación del

---

para la propia consistencia de la visión del Derecho como un sistema normativo que tiene como principal función la regulación de los comportamientos sociales” (Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., p. 423).

<sup>166</sup> Ibid., p. 310.

<sup>167</sup> Ibid., p. 312.

<sup>168</sup> Ibid., pp. 312-313.

<sup>169</sup> Ibid., p. 313.

Derecho. Y es que, tal como acertadamente resalta, dado que el lenguaje jurídico (el lenguaje de la normas) se manifiesta a través del lenguaje natural (el lenguaje por medio del cual se comunican las personas), aquél presenta los mismos problemas de ambigüedad, vaguedad y emotividad que aquejan a éste<sup>170</sup>; rasgos que imposibilitarán la total determinación del lenguaje jurídico tal como pretende la tesis cognitiva... pero, en sus propias palabras, “en modo alguno suponen su absoluta indeterminación” (como asume la tesis escéptica) toda vez que “se trata, más bien, de problemas que conducen a subrayar la relativa indeterminación (o la relativa determinación) de los enunciados jurídicos en tanto, al igual que sucede en el caso del lenguaje natural, dificultan pero no impiden el éxito de los procesos de comunicación jurídica”<sup>171</sup>. Así, pues, en la lógica de Cuenca, así como la frase “Ernesto le compró a Ana una docena de rosas”, aun cuando puede significar que “Ernesto le compró a Ana, la vendedora de flores, una docena de rosas” o que “Ernesto compró para Ana, su novia, una docena de rosas”, no impide comunicar el hecho de que “Ernesto compró una docena de rosas”; del mismo modo, una expresión jurídica del tipo “el que causa lesiones graves a otro será sancionado con pena privativa de libertad”, aun cuando “causar lesiones graves” puede ser interpretado de diversas maneras, no evita comunicar el hecho de que la conducta “causar lesiones graves” está “sancionada con pena privativa de libertad”. De esta forma, en este planteamiento, el lenguaje jurídico –al igual que el lenguaje natural– ni es totalmente indeterminado ni es totalmente determinado. Sería, pues, como dice la autora, “relativamente” determinado (o indeterminado). Tan sólo eso sería lo que exigiría la concepción sistemática y funcional del Derecho<sup>172</sup>.

Una vez sentada la centralidad de la concepción sistemática y funcional del Derecho, y su correspondiente tesis sobre la determinación relativa de los enunciados jurídicos, Cuenca pasa a tomar posición en torno al problema del concepto (estricto o amplio) y de la concepción (cognitiva, escéptica o intermedia) más adecuada sobre la interpretación judicial. Para la autora, la visión sistemática y funcional del Derecho y su correspondiente tesis de la relativa determinación del mismo, exigen asumir un concepto amplio de interpretación pero “moderado” y, por lo tanto, defender una concepción alternativa a las tres clásicas: la interpretación no sería un acto puramente

---

<sup>170</sup> Cfr. Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., pp. 317-320. Para la autora, “la ambigüedad es un fenómeno lingüístico que consiste en la posibilidad de asociar una misma forma fonética a más de un significado; la vaguedad obedece a la indeterminación de los criterios de aplicación de un término o expresión y supone una imprecisión en la definición de los confines de su significado; y la emotividad deriva del carácter valorativo de algunos términos y expresiones” (Ibid., pp. 319-320).

<sup>171</sup> Ibid., p. 320.

<sup>172</sup> La idea de la determinación mínima del Derecho, como una exigencia derivada de la concepción sistemática y funcional del Derecho, también es defendida por Rafael de Asís quien, bajo esas coordenadas, dirá que no es posible hablar de “sometimiento al Derecho” si es que no se maneja una concepción del mismo como un “sistema de normas mínimamente determinado” (Asís Roig, Rafael de. Op. Cit., p. 60).

del conocimiento o de la razón como pretende la tesis cognitiva, tampoco sería un acto puro de la voluntad como afirma el escepticismo radical, y mucho menos un acto “a veces del conocimiento, a veces de la voluntad” como se desprende de la tesis intermedia, sino que siempre sería un acto del conocimiento y de la voluntad a la vez o, lo que es lo mismo, un acto donde la voluntad del juez tiene mucho margen de maniobra pero que, no por eso, se encuentra libre de ciertos límites a su poder discrecional, los mismos que finalmente le darán al acto de interpretación una base cognitiva o racional<sup>173</sup>.

Profundicemos en este punto. Como se dijo, la autora defiende un concepto amplio pero “moderado” de interpretación. Ello es así porque si bien entiende que el momento interpretativo es siempre previo a cualquier operación aplicativa y que las normas jurídicas son el producto de ese acto de interpretación, también sostiene que la validez del mismo “no depende en exclusiva, ni de la voluntad del intérprete, ni de parámetros objetivos que éste puede descubrir más allá de la normatividad jurídica”, sino que estará condicionada tan sólo por “el sentido relativamente determinado de los enunciados jurídicos que les sirven de referente”<sup>174</sup>. En simple, es un concepto de interpretación “amplio” porque, siendo coherente con la idea de que el lenguaje jurídico es relativamente in-determinado, afirma que la interpretación es el paso necesario y previo a la aplicación en cualquier supuesto (y no sólo en los casos dudosos o “difíciles”) pero es a la vez “moderado” porque, siendo coherente con la tesis de la determinación mínima del Derecho, no entiende que ese proceso está signado única y exclusivamente por la voluntad del intérprete. La “moderación” en este planteamiento consiste, pues, en resaltar los aspectos cognitivos que, para Cuenca, rodearían también el proceso de interpretación normativa, los mismos que vendrían impuestos por “el sentido relativamente determinado de los enunciados jurídicos”. Es por esta razón que antes de hablar de “textos normativos” y de “normas jurídicas” tal como se hace en el escepticismo radical para referirse respectivamente al objeto de interpretación y al producto de la misma, Cuenca, siguiendo a Prieto Sanchís, hablará de “normas-dato” y “normas-producto” o “normas-resultado” para dejar claro que, en su opinión, la interpretación “incorpora siempre una dimensión volitiva, pero no implica sostener ni que las “normas dato” sean creadas por el intérprete, ni que no limiten el elenco de “normas-resultado” que cabe establecer a partir de ellas”<sup>175</sup>.

<sup>173</sup> Cfr. Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., pp. 333-337.

<sup>174</sup> Ibid., p. 409.

<sup>175</sup> Ibid., p. 411. Sobre esta diferenciación, véase: Prieto Sanchís, Luís. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima / Bogotá: Palestra / Temis, 2005, p. 172.

Es a partir de este concepto amplio “débil” de interpretación que la autora presenta la concepción alternativa sobre la misma que ella defiende, a saber, que la interpretación es siempre un acto del conocimiento y de la voluntad a la vez. Efectivamente, para ella, “la interpretación no consiste (...) ni en descubrir significados preexistentes, ni en crearlos *ex novo* en sede interpretativa”<sup>176</sup>; es decir, no es un acto puro del conocimiento ni un acto puro de la voluntad. La interpretación, en su concepción, es un acto en el que “se combinan dimensiones cognoscitivas (o racionales) y dimensiones volitivas” y, por ende, “tanto la razón como la voluntad actúan en las operaciones interpretativas”<sup>177</sup>. Y si ello es así, en su planteamiento, la interpretación viene a ser un acto donde la voluntad del intérprete (por ejemplo, el juez) estará acotada o limitada por elementos cognitivos o racionales. Es por ello que contundentemente dirá que “la interpretación es siempre el resultado de una decisión nunca absolutamente discrecional”<sup>178</sup>; es decir, siempre será el resultado de un acto de la voluntad pero, ese acto de la voluntad, nunca estará absolutamente desvinculado de elementos cognoscitivos.

Explicuemos con más detalle lo señalado en el párrafo precedente. Este planteamiento es tributario de Kelsen y toma de él, sobre todo, la idea de que todo proceso de interpretación parte de un “marco” no sujeto a la voluntad del intérprete y que, por ello mismo, acota los posibles significados que éste, en uso de su voluntad, pudiera asignar válidamente<sup>179</sup>. Es decir, para la autora, será el mencionado marco el que se constituirá en el límite cognoscitivo o racional al poder discrecional del juez. ¿Cuál es, pues, ese marco?, y, sobre todo, ¿qué significados son los que excluye? La posición que defiende Cuenca es que “los significados que el marco excluye son aquellos que se enfrentan con el lenguaje de las normas y con la idea de sistema”<sup>180</sup>, lo que invariablemente quiere decir que ese marco está compuesto por el lenguaje relativamente determinado de la “norma-dato” y por el “sistema” en el cual la misma se inserta. Esta manera de enfocar el fenómeno interpretativo, encuentra apoyo en la tesis de Kelsen sobre la interpretación. Tal como explica Cuenca, en la doctrina de Kelsen el lenguaje relativamente determinado de las normas y la concepción sistemática del Derecho también aparecen como límites racionales a la labor interpretativa; límites que actuarían –y se agotarían– delimitando el marco de significados semántica y sistemáticamente posibles, dentro de los cuales el juez –y acá aparece el aspecto volitivo del asunto– tendrá plena libertad para elegir. En Kelsen, pues, los patrones cognoscitivos se agotarían en el establecimiento del “marco interpretativo” y recién dentro del mismo la

<sup>176</sup> Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., p. 411.

<sup>177</sup> Ibid., pp. 411-412.

<sup>178</sup> Ibid., p. 409.

<sup>179</sup> Cfr. Ibid., pp. 413-416.

<sup>180</sup> Ibid., p. 416.

actividad interpretativa pasaría a ser un acto puramente volitivo donde los juicios morales y políticos tendrían mucho que decir<sup>181</sup>.

Como es fácil de deducir, Cuenca está de acuerdo con esta posición pero, a diferencia de Kelsen, cree que sí es posible analizar racionalmente la elección discrecional del intérprete dentro del marco y, como tal, entiende que la argumentación juega un rol relevante en la actividad interpretativa. Para ella, “la decisión interpretativa ha de ser legal, esto es, ha de situarse dentro del marco del Ordenamiento jurídico pero, además, debe ser racional y por racionalidad se entiende en este contexto la justificación de la decisión a través de la norma aplicada, de los razonamientos, y de las valoraciones”<sup>182</sup>. Así, pues, en la lógica de Cuenca, habría dos tipos de límites a la decisión interpretativa: aquéllos que se proyectan sobre su legalidad y aquéllos que se proyectan sobre su racionalidad; aunque, y esto también lo deja claro, solamente los primeros se desenvolverían en el plano de la “validez” (excluyendo determinados significados); mientras que los segundos tan sólo harían referencia a la justificación de la decisión interpretativa y, por ende, se situarían en el plano de la “corrección” (orientando, mas no excluyendo, la elección entre los significados admisibles o válidos)<sup>183</sup>. Dicho en otros términos, el marco interpretativo, compuesto por el lenguaje relativamente determinado de la “norma-dato” y por el “sistema” en el cual la misma se inserta, según Cuenca, operaría delimitando los sentidos que legal o válidamente el juez puede decidir atribuir o asignar a la “norma-dato” a los efectos de construir la “norma-producto”<sup>184</sup>. Contrario sensu, lo que está queriendo decir es que si el juez opta por un sentido que contradice el mencionado marco, entonces su resolución habría excedido los límites “legales” que se le imponen y, como tal, la misma devendría, no en incorrecta, sino en “inválida”... sin alterar en nada esta ecuación, como veremos en un momento, el hecho de que el órgano judicial que emitió dicho resolución tenga o no el poder de decir la “última palabra”.

Hasta acá está claro que, para Cuenca, en el Derecho habrían dos elementos cognoscitivos que operarían estableciendo un marco de validez interpretativa del cual el juez no es libre de escapar: (i) el lenguaje relativamente determinado de la “norma-

<sup>181</sup> Cfr. Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., pp. 417-419.

<sup>182</sup> Ibid., p. 422.

<sup>183</sup> Cfr. Ibid., p. 422.

<sup>184</sup> Rafael de Asís también entiende que una concepción sistemática y funcional del Derecho exige asumir que no toda producción normativa en sede judicial es válida. Como se verá en el siguiente punto, ello sería así porque, según este autor, la concepción sistemática y funcional que él defiende exige asumir que las normas, para ser jurídicas, (i) deben ser coherentes con el “sistema” del que forman parte, (ii) deben estar respaldadas por el poder político y (iii) deben estar destinadas a ejercer el control social. Es decir, deben cumplir con lo que él denomina como los “rasgos de lo jurídico”, los mismos que, lógicamente, se convertirán en un límite infranqueable para la discrecionalidad judicial (Cfr. Asís Roig, Rafael de. Op. Cit., pp. 38-50).

dato” y (ii) el “sistema” en el cual la misma se inserta. Pues bien, para Cuenca, ese sentido relativamente determinado que tendría el Derecho, se identifica plenamente con el “significado literal” que se desprendería de los términos lingüísticos en los que está expresada la norma-dato. En sus propias palabras: “La tesis de la determinación mínima se fundamenta en la posibilidad de asignar a toda disposición jurídica un significado literal y en las notas que lo caracterizan. Tales rasgos revelan que el significado literal opera en todos los casos como base de la interpretación jurídica, (...), y que se erige siempre, o para ser más exactos casi siempre, en un límite irrebাসable para la voluntad del intérprete excluyendo la admisibilidad de ciertos resultados interpretativos”<sup>185</sup>. De esto se deduce que, para ella, será el sentido literal de la norma-dato, uno de los límites cognoscitivos o racionales que operarán condicionando la validez de la decisión interpretativa que el juez finalmente adopte. En pocas palabras, el significado literal, en el planteamiento de Cuenca, será uno de los límites cognitivo-racionales “de legalidad” insuperables para la voluntad del juez. Frente a una conclusión como la señalada, dos preguntas se imponen: ¿por qué es el significado literal de la norma-dato, y no otro, el sentido mínimamente determinado que delimita el marco interpretativo del juez?, y, muy vinculada a la anterior, ¿en qué medida el mismo no depende de la voluntad del juez que lo utiliza y, por tanto, se constituye en un límite cognoscitivo infranqueable a su discreción? La respuesta a estas preguntas, en Cuenca, pasa por demostrar la relevancia o centralidad de la literalidad de las palabras, oraciones, frases, párrafos, etc., a los efectos de viabilizar la comunicación lingüística en general y la jurídica en particular. ¿Tiene, pues, el significado literal esa centralidad que reclama Cuenca? La autora dirá que sí.

Efectivamente, haciendo frente a una serie de teorías sobre el significado que centran su atención en el contexto en el que se desempeña la comunicación antes que en la literalidad de las palabras que se utilizan<sup>186</sup>, Cuenca dirá que “(...), todas estas concepciones al disolver, de manera más o menos directa, el significado en factores contextuales convierten en indescifrables los mecanismos de funcionamiento del lenguaje general y del Derecho en particular. Ciertamente, sólo desde la asignación al significado literal de un papel teórico relevante y desde la defensa de su prioridad lógica frente a estos significados “contextuales”, es posible explicar el éxito general que logra alcanzar el lenguaje en la realización de su función comunicativa del que depende, en un sentido esencial, la capacidad del Derecho para regular eficazmente las conductas humanas en sociedad”<sup>187</sup>. Ello es así porque, siguiendo a Schauer, la autora sostendrá que la viabilidad de la comunicación lingüística en general radica en la “autonomía

<sup>185</sup> Cuenca, Patricia. Op. Cit., pp. 409-410.

<sup>186</sup> Cfr. Ibid., pp. 424-428.

<sup>187</sup> Ibid., pp. 428-429.

semántica del lenguaje”, es decir, en la capacidad de los significantes lingüísticos – palabras, frases, oraciones, párrafos, etc.– para transmitir una serie de significados al margen de las intenciones que persiguen los interlocutores al utilizarlos y de los contextos en el que éstos los utilizan. Es decir, es el simple hecho de que cada palabra o conjunto de palabras contiene un significado propio, comúnmente compartido por los participantes del proceso de comunicación, el que posibilita la comunicación lingüística<sup>188</sup>. Y, precisamente, en Cuenca, ese significado comúnmente compartido, no es otro que el significado literal.

Para la autora, el significado literal “es el sentido que un enunciado expresa para cualquier hablante de la lengua en virtud de las reglas sintácticas y semánticas de dicha lengua”<sup>189</sup>. Es decir, el sentido literal de un texto es el que se desprende del significado de las palabras o de los enunciados lingüísticos utilizados (semántica) y de la forma en que éstos han sido ordenados gramaticalmente para expresar una idea (sintaxis); sentido que, al estar condicionado únicamente por las reglas pre-fijadas de utilización de un lenguaje determinado, será completamente autónomo de la voluntad de los participantes del proceso de comunicación y del contexto en que el mismo se desarrolla (aunque, claro, la comunicación como proceso no es autónoma de las intenciones de los interlocutores ni mucho menos del contexto en el que la misma se realiza). Y si ello es así, para Cuenca, es evidente que el significado literal de los enunciados cumple un rol central en el proceso de comunicación lingüística: es el que hace posible que los hablantes de una misma lengua se comprendan entre sí. Dicho en otros términos, para ella, al ser el sentido literal el significado que se desprende de aplicar a un texto las reglas semánticas y sintácticas comúnmente compartidas, sin él simplemente sería imposible si quiera dar inicio al proceso de comunicación: si nos comunicamos es porque compartimos dichas reglas lingüísticas pre-fijadas que, al utilizarse, dan como resultado el sentido literal<sup>190</sup>. Así, pues, en Cuenca, no cabe duda de la relevancia o centralidad que el significado literal de las palabras, oraciones, frases, párrafos, etc., tiene a los efectos de viabilizar la comunicación lingüística en general. Simplemente, es el sentido que nos permite comprendernos o entendernos y, por supuesto, discriminar un uso correcto de un uso incorrecto del lenguaje. Es por ello que terminará señalando lo siguiente: “(...) existe un significado literal de los enunciados y (...) tal significado opera como fundamento de la comunicación y de la comprensión lingüística y como parámetro para determinar la corrección de la actuación de los usuarios del lenguaje”<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> Cfr. Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., p. 429.

<sup>189</sup> Ibid., p. 430.

<sup>190</sup> Cfr. Ibid., pp. 430-438.

<sup>191</sup> Ibid., pp. 437-438.



Ahora bien, para Cuenca, dado que el lenguaje jurídico se expresa por medio del lenguaje natural, la centralidad del sentido literal en la comunicación lingüística en general, también se hará presente en el proceso de comunicación jurídica en particular. Así, pues, afirmará que el significado literal “(...) asume dos funciones básicas en la interpretación jurídica: opera como punto de partida ineludible de la interpretación como actividad y como límite infranqueable de la interpretación como resultado controlando, en cierto sentido, su punto de llegada”<sup>192</sup>. Es decir, según Cuenca, en el proceso de pasar de la norma-dato a la norma-resultado, el significado literal de la primera, de un lado, será la base irremediable sobre la cual operará todo el proceso de interpretación normativa (el punto de partida) y, de otro, será el límite negativo que establecerá lo que válidamente no puede llegar a significar un enunciado jurídico (el punto de llegada). Dicho en otros términos, en la posición defendida por Cuenca, el sentido literal, al depender tan sólo de las reglas semánticas y sintácticas pre-fijadas por la comunidad lingüística, de un lado, será el primer significado que lógicamente se le revelará al juez y, de otro, fijará por exclusión lo que de ninguna manera podrá llegar a significar un enunciado jurídico. Veamos por separado cada una de las funciones que cumpliría, en el ámbito de la interpretación jurídica, el significado literal de los enunciados jurídicos.

Para sostener que el significado literal opera como punto de partida, Cuenca dirá que es éste, y no otro, el que permite diferenciar un enunciado o una expresión lingüística dotada de sentido “de una sucesión casual de sonidos o de signos gráficos” y, por tanto, “establecer que tal enunciado expresa una norma”<sup>193</sup>. Vale decir, sería el punto de partida del proceso de interpretación normativa porque, sin él, el intérprete (el juez) ni siquiera sabría que está al frente de un enunciado jurídico. El significado literal es, pues, el que le permite al juez identificar que un determinado conjunto de signos lingüísticos, ordenado según las reglas semánticas y sintácticas, al menos, expresa una disposición normativa. Pero no sólo eso, como el sentido literal depende sólo de las reglas del lenguaje y no de la voluntad del que lo utiliza, para Cuenca, es evidente que éste “preexiste a cualquier operación interpretativa y es susceptible de ser “descubierto” por los intérpretes que conocen, manejan y comparten tales reglas” y, como tal “puede ser contemplado, ciertamente, como el significado propio o intrínseco de los enunciados jurídicos”<sup>194</sup>. En ese sentido, sería el punto de partida, no porque el juez así lo decida, sino porque sería el sentido que, de acuerdo con las reglas del lenguaje natural, pre-existe a la misma labor de interpretación y, como tal, acceder al mismo no supondrá un acto de la voluntad sino uno del conocimiento. Por ejemplo, de una disposición que dice

---

<sup>192</sup> Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., p. 438.

<sup>193</sup> Ibid., p. 438.

<sup>194</sup> Ibid., pp. 438-439.

“está prohibido aparcar vehículos en las plazas”, lo primero que saltará a la vista del intérprete es que, según las reglas semánticas y sintácticas de la lengua castellana, no está permitido a las personas aparcar sus vehículos en los espacios públicos llamados “plazas”, aunque luego, utilizando otros criterios de interpretación, tendrá que determinar si el significante llamado “vehículos” se está refiriendo sólo a los automóviles o si también incluye, por ejemplo, a las bicicletas. Por tanto, para Cuenca, cabe sostener que “la interpretación jurídica siempre arranca y toma como base el significado literal y, consecuentemente, el recurso al criterio literal resulta imprescindible precediendo al uso de cualquier otra técnica interpretativa”<sup>195</sup>.

Una vez sentado que el significado literal es el punto de partida de todo proceso de interpretación jurídica porque ningún otro método sería posible sin él, Cuenca pasa a explicar por qué, a su criterio, “el significado literal opera como un límite negativo a las opciones interpretativas válidas”<sup>196</sup>. Ello es así porque, según la autora, si bien es cierto que el juez puede optar por otros métodos de interpretación que para él son más convenientes, también lo es que el producto interpretativo que finalmente obtenga, para que sea válido, no podrá estar totalmente enfrentado con el significado que se desprende de utilizar las reglas lingüísticas pre-fijadas. Así, en el ejemplo anterior, el juez podría llegar a la conclusión que el significante “vehículo” sólo se refiere a los automóviles –y, por tanto, permitir a las personas dejar sus bicicletas en las plazas– pero, en la lógica de Cuenca, lo que jamás podría hacer válidamente es decir que está “permitido” aparcar vehículos en las plazas. Este último significado, entonces, vendría a ser una opción proscrita para el juez ya que, de elegir el mismo, su operación sería considerada arbitraria o, incluso, abiertamente ridícula<sup>197</sup>. Y es que, para Cuenca, “todo texto jurídico admite siempre “una pluralidad indeterminada de interpretaciones” pero “ningún texto admite cualquier interpretación”, dado que las reglas, usos y hábitos vigentes en una determinada comunidad lingüística “consienten una cierta gama de posibles interpretaciones y al mismo tiempo excluyen otras” que aparecen “como impropionibles o como intolerables”<sup>198</sup>. De esta forma, el significado literal funcionaría como un límite negativo porque es muy posible que no diga qué es lo que un enunciado jurídico dice, pero sí llega a establecer qué es lo que no puede decir. Consecuentemente, según este planteamiento, el significado literal al establecer el marco de interpretaciones válidas, excluye por inválidas todas aquellas que están fuera del mismo. Es por ello que Cuenca terminará diciendo que “(...) las decisiones interpretativas válidas pueden no tomar en consideración la intención del legislador o los fines de la ley etc., pero no

<sup>195</sup> Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., pp. 439-440.

<sup>196</sup> Ibid., p. 446.

<sup>197</sup> Cfr. Ibid., pp. 443-445.

<sup>198</sup> Ibid., p. 445.

pueden atribuir a los enunciados jurídicos un significado en total contraste con el significado literal que ellos expresan”<sup>199</sup>.

Ahora bien, ¿y qué pasa si es el “último” órgano jurisdiccional el que atribuye un significado contra-literal a un enunciado jurídico? Para Cuenca, este elemento que está presente en todos los ordenamientos jurídicos (no existe sistema jurídico que no tenga un órgano de cierre), no altera en absoluto lo señalado en el párrafo precedente. Y es que, para ella, “(...) el significado literal limita las decisiones interpretativas válidas con independencia de quién sea el órgano que interpreta y de cuál sea el título de legitimidad que ostente”<sup>200</sup> (el subrayado es mío). Dicho en otros términos, en el planteamiento de Cuenca, la validez o invalidez de una decisión interpretativa –y, por ende, del fallo judicial correspondiente– es algo que no depende en absoluto del órgano que la declara. El último órgano jurisdiccional, pues, tampoco podría hacer decir al Derecho algo que vaya en contra de su sentido literal o, lo que es lo mismo, mínimamente determinado. Consecuentemente, para Cuenca es muy posible que exista, al menos teóricamente, una resolución judicial definitiva (por irrevocable) pero jurídicamente inválida (algo que intuitivamente, al menos para mí, suena contradictorio). Sin duda, lo señalado en este párrafo se engarza con la idea defendida por Cuenca de que el Derecho es, en última instancia, un sistema normativo “mixto” (es decir, un sistema en el que incluso la validez de la actuación del último órgano judicial está sujeta a su conformidad con criterios tanto materiales como formales); asunto al que me referiré sólo tangencialmente al momento de efectuar la crítica correspondiente a este planteamiento (no es mi intención, por el momento, defender un planteamiento opuesto).

No se puede terminar esta explicación de la tesis de Cuenca sin mencionar el papel que cumple el criterio de interpretación sistemático. Como se dijo, Cuenca entiende que el marco de validez interpretativa está compuesto por el sentido mínimamente determinado de los enunciados normativos y por el sistema en el cual los mismos se insertan. Pues bien, la conformidad con este último será el único criterio que autorizará, en la posición que se está estudiando, a abandonar la centralidad del criterio literal: “(...), el criterio sistemático, opera, al igual que el literal, en un sentido positivo, como criterio guía de las decisiones interpretativas, sirviendo de inspiración en la atribución de significado, y en un sentido negativo, como criterio límite, excluyendo la validez de determinados significados. De nuevo, mientras que su operatividad en el primer sentido resulta contingente, el criterio sistemático sirve de límite a cualquier interpretación, impidiendo atribuir a un enunciado jurídico un significado contradictorio con el

<sup>199</sup> Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., p. 447.

<sup>200</sup> Ibid., p. 452.

significado de enunciados de rango superior. (...), la apelación a la idea de sistema es el único argumento que puede justificar, (...), que se adjudique a un enunciado un significado enfrentado con su tenor literal”<sup>201</sup>. Así, pues, dado que el Derecho es un sistema jerarquizado, el marco válido de interpretación no sólo debe atender a la literalidad de la norma-dato sino también al hecho de que la misma, al formar parte de un sistema, no puede contradecir válidamente a la literalidad de las normas-dato que se ubican en un grado jerárquico superior (no tomar en cuenta este elemento sería fatal para la concepción sistemática del Derecho que, como vimos, ocupa un lugar privilegiado en el razonamiento de Cuenca). En ese sentido, también estará excluido del marco interpretativo aquel sentido que, aun cuando sea el literal, no sea compatible con el sentido literal de las normas superiores. Es por ello que, en el razonamiento de Cuenca, solamente es la idea de sistema la que puede justificar como válida una actuación judicial basada en una interpretación “contra-literal”, siempre que la misma haya sido necesaria para garantizar el orden jerárquico del sistema.

En resumen, la tesis de la determinación mínima del Derecho plantea que los jueces, al momento de desempeñar sus funciones, llevan a cabo un acto del conocimiento y de la voluntad a la vez. Será un acto cognitivo porque el sentido literal de las “normas-dato” y el sistema en el cual las mismas se insertan, le exigirá al juez “descubrir” cuál es el marco interpretativo del cual válidamente no se podrá apartar. Pero, y por eso es también un acto de la voluntad, dentro de ese marco tendrá plena discreción para “decidir” qué sentido es el más adecuado para resolver la controversia que está en sus manos. Es decir, su actividad solamente estará sujeta a reglas pre-existentes al momento de fijar el marco interpretativo (las reglas lingüísticas que, en el planteamiento de Cuenca, se transforman en reglas jurídicas en tanto operan en el plano de la “legalidad” o de la “validez”) pero, una vez hecho esto, no tendrá más límite que su propia discreción para construir la “norma-producto” que estará en la base del silogismo jurídico (recuérdese que, para la autora, en este nivel solamente operan criterios racionales de “corrección”). Y si ello es así, entonces, no cabe duda de que se está frente a un planteamiento que asume que los jueces, sólo dentro del marco interpretativo, actúan con discreción en sentido “fuerte”. En ese sentido, de la posición de Cuenca se deduce que los órganos jurisdiccionales sí constituyen un real “Poder Judicial” pero sólo en la medida que tienen discreción fuerte para crear la “norma-resultado” que finalmente aplicaran (al hacer esto imponen su propia voluntad), aunque –y esto también habría que resaltarlo– no por eso dejarían de estar sujetos a la voluntad democrática del legislador (constitucional y legislativo) toda vez que, según Cuenca, siempre estarán sometidos al sentido literal y sistemático expresado en la “norma-dato”

---

<sup>201</sup> Cuenca, Patricia. Op. Cit., pp. 447-448.

(y, al hacer esto, imponen también la voluntad democrática expresada en la Constitución y en la Ley).

#### **4. Toma de posición en torno al problema del alcance de los poderes de los jueces: la apuesta por el planteamiento realista.**

A lo largo de los puntos 2 y 3, se han presentado una serie de planteamientos sobre la interpretación judicial que, como se ha mostrado, tienen un correlato sobre la caracterización de los jueces y tribunales en términos de “poder”. Efectivamente, como se ha visto, (i) la tesis cognitiva determinista del positivismo decimonónico presupone una concepción del juez como un poder “nulo”; (ii) las tesis cognitivas de Dworkin y de Atienza, por su parte, implican una concepción del juez como un poder pero “débil”; (iii) la tesis escéptica del realismo estadounidense, por el contrario, trae como consecuencia una concepción siempre “fuerte” –e ilimitada– del poder del juez; (iv) la tesis intermedia de Hart y Bulygin, en cambio, exige asumir una concepción a veces “fuerte” a veces “débil” –o, incluso, “nula”– del poder de los jueces; y (v) la tesis de la determinación “mínima” del Derecho presupone una concepción “fuerte” del poder de los jueces pero –y esto es clave– que actúa siempre sobre la base de ciertos límites cognitivos o que no dependen de la voluntad del juez (los sentidos literal y sistemático de los enunciados jurídicos). Pues bien, ¿cuál de todas ellas es la más adecuada o la que mejor explica los alcances del poder de los jueces? Corresponde, entonces, en este punto evaluar las críticas que se han formulado a las tesis presentadas en el acápite precedente y, como tal, tomar posición en torno al problema del alcance de los poderes de los órganos judiciales.

La idea que se va a tratar de defender es que los jueces *siempre* actúan *sólo* con discreción en sentido fuerte y, por tanto, que la mejor explicación sobre lo que éstos de hecho hacen –o pueden hacer–, al momento de resolver controversias sobre la base de normas jurídicas, sigue siendo la tesis realista sobre la interpretación judicial. Es decir, se va a sostener que los jueces, en contra de lo presupuesto en la concepción tradicional de la democracia, sí se constituyen en un “poder” real en la medida que, en virtud de la necesidad de interpretar los respectivos enunciados jurídicos, siempre terminan imponiendo su propia voluntad (no existen, pues, límites cognoscitivos). Antes de empezar, como cuestión previa, es conveniente dejar anotados los presupuestos metodológicos desde los cuales se va a efectuar la crítica correspondiente a las posiciones estudiadas y, por tanto, que estarán detrás del planteamiento que al final de este punto se va a defender.

#### **4.1 Cuestión metodológica previa: una aproximación neutral, a-valorativa y descriptiva al problema del poder de los jueces.**

El primer problema que aparece al momento de abordar la cuestión de la discreción de los jueces es de índole epistemológico. Efectivamente, ¿cómo abordar este problema?, ¿bajo qué premisas metodológicas es conveniente aproximarse al mismo?, son preguntas que necesariamente deben ser resueltas antes de empezar esta empresa. Y es que, como se verá en su momento, en virtud de que se asuman unas u otras premisas metodológicas, se puede llegar a conclusiones abiertamente distintas. En mi opinión, una aproximación adecuada a este problema requiere asumir como guía metodológica las siguientes premisas: (i) una cosa es lo que los tribunales hacen con los enunciados normativos y otra muy distinta es establecer qué deberían hacer éstos con los mismos<sup>202</sup>; (ii) una cosa es lo que los jueces dicen hacer (“aplicar el Derecho”) y otra bien diferente lo que realmente hacen (“crear nuevo Derecho”)<sup>203</sup>; y (iii), a los efectos de identificar el Derecho existente en un momento determinado (el Derecho “válido”), carece de sentido distinguir entre “definitividad” e “infalibilidad” de los fallos judiciales (sólo interesa constatar su “definitividad”)<sup>204</sup>. Es decir, para absolver adecuadamente las preguntas ¿los jueces tienen discreción para crear Derecho? (discreción fuerte) y ¿hasta dónde llega –o puede llegar– ese poder?, es necesario tomar en cuenta lo que éstos realmente hacen al momento de resolver una controversia, que lo que realmente hacen no es necesariamente lo que ellos dicen hacer y, sobre todo, que la posible “corrección” o “incorrección” de sus fallos (su “infalibilidad”) no afecta en absoluto la existencia o validez jurídica de los mismos (ello depende sólo de un dato fáctico comprobable empíricamente: su “definitividad”). En sencillo: (i) hay que separar el “ser” del “deber ser” de la labor judicial; (ii) para identificar el “ser”, hay que distinguir entre lo que realmente hacen los jueces (el “punto de vista externo”) y lo que ellos dicen hacer (el “punto de vista interno”); y (iii) para evaluar la validez del “ser”, sólo hay que constatar si el fallo del juez es definitivo o no (si es que se quiere, por supuesto, mantener alguna utilidad para la categoría jurídica “validez”).

---

<sup>202</sup> Esta afirmación forma parte del programa que Karl N. Llewellyn atribuyó al movimiento “realista” de los Estados Unidos de América (cfr. Hierro, Liborio L. *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho...*, pp. 21-22).

<sup>203</sup> Esta afirmación corresponde a Rafael Escudero y forma parte de la serie de argumentos que utiliza para refutar la tesis, defendida por el llamado positivismo “incluyente”, de que el poder del juez para crear Derecho es “marginal” (Cfr. Escudero Alday, Rafael. “Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2005, N° 22, pp. 405-409).

<sup>204</sup> Como se verá en un momento, Hart utiliza esta distinción para rechazar la tesis de los autores realistas americanos de que del carácter “definitivo” de los fallos de algunos jueces (por ejemplo, los magistrados de la Corte Suprema) se sigue su no vinculación al Derecho emitido por el Parlamento (cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho...*, pp. 176-183).

Explicaré con más detalle lo señalado en el párrafo precedente. La exigencia de distinguir entre el “ser” y el “deber ser” de la labor judicial viene impuesta por la necesidad de apreciar la labor de los jueces, desde la teoría del Derecho, como “realmente es” y no como “debería ser” para que calce con determinados postulados ideológicos o valorativos (justicia, Estado de Derecho, democracia, etc.). Vale decir, es un presupuesto lógico necesario si es que se quiere describir objetivamente lo que “realmente hacen” –o “pueden hacer”– los jueces al momento de afrontar su función de resolver controversias. Dicho en otros términos, es la consecuencia lógica de adoptar –como se hace en este trabajo– los postulados del “positivismo metodológico” que, como señala Troper, constituye “una aproximación, una epistemología jurídica, caracterizada particularmente por la voluntad de fundar una ciencia del derecho siguiendo el modelo de las ciencias empíricas, es decir marcadas por el afán de evitar cualquier tipo de metafísica así como cualquier juicio de valor, y de dar una descripción del derecho tal y como es, y no tal y como debería ser”<sup>205</sup>.

Efectivamente, el postulado principal de esta forma de entender el positivismo es la defensa de la tesis de la neutralidad valorativa al momento de estudiar el Derecho. Como lo explica Rafael de Asís, el positivismo metodológico “(...) representa el esfuerzo por convertir al Derecho en una auténtica Ciencia, caracterizada por su neutralidad valorativa. El estudio del Derecho debe ser realizado concibiéndolo como un hecho y no como valor: el juicio de valor excedería el ámbito de la Ciencia jurídica”<sup>206</sup>. ¿Y qué implica concebir al Derecho como un hecho y no como un valor? Para responder esta pregunta es fundamental determinar la diferencia entre “juicios de hecho” y “juicios de valor”. De acuerdo con Bobbio: “el juicio de hecho consiste en un conocimiento acerca de la realidad, en cuanto que la formulación de dicho juicio tiene como única finalidad la de informar, la de comunicar a alguien una constatación; en cambio, el juicio de valor consiste en una toma de posición frente a la realidad, en cuanto que su formulación no pretende informar sino influir sobre alguien, esto es, hacer que alguien haga una elección igual a la mía y, en su caso, siga mis prescripciones”<sup>207</sup>. En ese sentido, hacer un “juicio de hecho” sobre el Derecho, el propio de la ciencia jurídica, implicaría hacer una descripción del Derecho realmente existente a los efectos de comunicar una constatación fáctica o, lo que es lo mismo, verificable de forma empírica; a diferencia, por supuesto, de hacer un “juicio de valor”

---

<sup>205</sup> Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado...*, p. 184. Por lo demás, no debe perderse de vista que, como señala Bobbio, “puesto que la ciencia o es avalorativa o no es ciencia, el método positivista es puro y simplemente el método científico y, por tanto, es necesario aceptarlo si se pretende hacer ciencia jurídica o teoría del Derecho: si no es ése el objetivo no se hará ciencia, sino filosofía o ideología” (Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico...*, p. 241). No cabe duda, por tanto, que es el método adecuado para aproximarse al estudio del Derecho.

<sup>206</sup> Asís, Rafael de. “Estudio preliminar”. En: Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico...*, p. 18.

<sup>207</sup> Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico...*, p. 145.

sobre el Derecho, el propio de la filosofía jurídica, que implicaría evaluar la conformidad o no del Derecho realmente existente con determinados postulados o valores de justicia que el filósofo defiende (libertad, igualdad, dignidad, democracia, Estado de Derecho, etc.)<sup>208</sup>.

Consecuentemente, si se lleva estos planteamientos al ámbito de la labor judicial, se tiene que concluir que la forma más adecuada de abordar el estudio del poder de los jueces es hacerlo contemplando al mismo como un hecho y no como un valor y, de esta forma, describirlo antes que juzgarlo<sup>209</sup>. Y si el objetivo es describir antes que juzgar, entonces es necesario tener en cuenta que una cosa es lo que los tribunales hacen al momento de abordar la interpretación de los enunciados jurídicos (el juicio de hecho) y otra muy distinta es establecer qué deberían hacer éstos para determinar el significado de los mismos (el juicio de valor). Ello es así porque, como explica Bobbio, “para un positivista la ciencia [del Derecho] debe excluir de su ámbito los juicios de valor ya que pretende alcanzar un conocimiento puramente objetivo de la realidad, mientras que dichos juicios de valor son siempre subjetivos (o personales) y por ello incompatibles con la exigencia de objetividad”<sup>210</sup>. Es decir, si se utilizaran “juicios de valor” (subjetivos por definición) a los efectos de describir el Derecho realmente existente –y, en lo que me interesa, la labor de los jueces– se perdería por completo la exigencia de objetividad y, lo que es peor, se llegaría a conclusiones erróneas que se harían pasar como constataciones fácticas o descripciones correctas del Derecho existente –o de la labor de los jueces–.

Sentado que hay que diferenciar entre el “ser” y el “deber ser” de la labor judicial –y obviamente del Derecho–, paso ahora a explicar por qué, para identificar el “ser”, hay que distinguir entre lo que los jueces hacen realmente y lo que éstos dicen hacer al momento de resolver una controversia. La distinción entre el “punto de vista externo” y el “punto de vista interno” la introdujo Hart a los efectos de diferenciar el sentido en que son obligatorias las reglas previstas en el Derecho (lo que él llama “tener la obligación de...” del sentido en que son obligatorias las órdenes emitidas por un asaltante (lo que

---

<sup>208</sup> El mismo Bobbio, en otro trabajo, ha expresado esta idea de la siguiente manera: “En el primer aspecto –esto es, como forma de acercarse al estudio del derecho– el positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, (...), entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo” (Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. México DF: Fontamara, 2º edición, 1992, p. 41).

<sup>209</sup> Esto no quiere que renuncie a hacer crítica del Derecho existente. Lo único que estoy diciendo es que quiero apreciar el problema de la discreción judicial de una manera desprejuiciada para, de esta forma, poder llegar a constataciones fácticas demostrables empíricamente, las mismas que me permitan en el futuro plantear una crítica adecuada y, de ser el caso, una prescripción que solucione el problema.

<sup>210</sup> Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico...*, p. 145.



él llama “verse obligado a...”<sup>211</sup>. De acuerdo con este autor, el punto de vista externo es el punto de vista del observador que, situándose fuera de una sociedad determinada, busca registrar y constatar cuáles son las conductas que regularmente se cumplen en la misma (por ejemplo, detenerse en la luz roja del semáforo o entregarle el dinero a un asaltante que te apunta con una pistola) y las posibles sanciones o reacciones hostiles frente a la desviación o incumplimiento de las conductas regulares del grupo (por ejemplo, la imposición de una multa por no detenerse en la luz roja o recibir un disparo del asaltante que te apunta con el arma por no darle el dinero)<sup>212</sup>. Por su parte, según el mismo Hart, el punto de vista interno es el punto de vista del observador que, situándose en la posición de miembro de dicha sociedad, busca dar cuenta de las razones que llevan a los miembros de ese grupo a cumplir con las conductas que regular o habitualmente se cumplen o, lo que es lo mismo, de la manera en que los mismos miembros del grupo contemplan su propia conducta regular (por ejemplo, me detuve en la luz roja del semáforo porque tenía la obligación de hacerlo en virtud de la existencia de una regla de tránsito, o le entregué mi dinero al asaltante que me apuntaba con una pistola porque me vi obligado a hacerlo ya que de lo contrario me disparaba)<sup>213</sup>.

Ahora bien, esta distinción es fácilmente trasladable a la tarea de observar y describir la labor de los jueces. Efectivamente, adoptando la posición del observador externo (el punto de vista externo), el jurista buscará describir cómo se comportan regularmente los jueces al momento de resolver una controversia (por ejemplo, en una generalidad de casos el Tribunal Constitucional ha fallado que el significado de la norma “X” es “Y” y que solamente es aplicable a las situaciones “Z”) y cuáles son –de existir– las posibles sanciones o reacciones hostiles frente al incumplimiento de esas conductas regulares (por ejemplo, si un juez de menor jerarquía le atribuye a la norma “X” el significado “V” y la aplica a las situaciones “W”, es muy probable que su fallo sea revocado cuando el caso llegue al Tribunal Constitucional). En cambio, adoptando la posición de los jueces (el punto de vista interno), el jurista buscará dar cuenta de las razones que ellos mismos enarbolan para actuar de la forma en que regularmente lo hacen o, dicho en otros términos, de cómo los propios jueces contemplan su propia conducta regular (por ejemplo, el Tribunal Constitucional le atribuyó a la norma “X” el significado “Y” y determinó que solamente es aplicable a las situaciones “Z” porque, según sus miembros, ese es el sentido que se desprende de los enunciados jurídicos contenidos en la Constitución).

<sup>211</sup> Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho...*, pp. 102-113.

<sup>212</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 110-113.

<sup>213</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 110-113. De acuerdo con Hart, es el punto de vista interno el que permite diferenciar el “tener la obligación de cumplir” el Derecho y el “verse obligado a cumplir” las ordenes de un asaltante.

Como se puede apreciar, son dos maneras distintas de abordar el problema de la discreción judicial. La pregunta en este caso es: ¿una correcta descripción de la labor de los jueces tiene que dar cuenta tanto del punto de vista externo como del punto de vista interno? Hart cree que sí. De hecho, como se verá más adelante, utiliza el “punto de vista interno” sobre la labor judicial para rechazar la tesis de los autores realistas americanos de que los textos normativos tan sólo son predicciones de la conducta del juez y, por tanto, que no son obligatorios para los mismos. Y es que, para este autor, el jurista que solamente de cuenta del punto de visto externo “(...) no verá toda una dimensión de la vida social de aquellos a quienes observa, (...)”, no explicará “(...) la manera en que el grupo contempla su propia conducta”, no observará, en suma, “(...) la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad”<sup>214</sup>. De esta forma, terminará señalando que “una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría jurídica ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos es tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista y no decretar, por vía de definición, que uno de ellos no existe”<sup>215</sup>. No es el momento para cuestionar esta opinión. Mi intención en este punto tan sólo es dar cuenta de la posibilidad de observar el problema de la discreción judicial desde dos perspectivas distintas: la del observador externo y la de los propios jueces. Por el momento, quiero dejar planteada una pregunta: ¿qué sucede si se llega a conclusiones diferentes desde ambos puntos de vista? Es decir, ¿qué pasa si lo que dicen que hacen los jueces (“aplicar Derecho”) no concuerda con la evaluación que se hace de su trabajo desde la perspectiva externa (“crear Derecho”)? ¿Cuál es el “ser” de la labor de los jueces en este caso? La respuesta a esta pregunta queda, por ahora, pendiente.

Vayamos, ahora, a explicar por qué a los efectos de evaluar la validez del “ser” de la labor judicial, es completamente irrelevante distinguir entre “definitividad” e “infalibilidad” de los fallos judiciales. En mi opinión, dicha distinción propuesta por Hart para rechazar los postulados “realistas” sobre la discreción judicial<sup>216</sup>, solamente es relevante a los efectos de poner de manifiesto que es posible que existan de hecho fallos judiciales “erróneos”, pero no para rechazar la existencia de los mismos. Dicho en otros términos, constatar que los jueces no son infalibles –y, por tanto, que pueden emitir fallos calificables, desde una perspectiva crítica, como “antijurídicos” o, lo que es peor, como “moralmente injustos”–, no tiene ningún efecto en el ámbito de la validez jurídica de las decisiones judiciales. Éstas, al margen de su contenido, serán válidas siempre que, frente a ellas, ya no quepa interponer recurso impugnativo alguno. Es decir, serán

---

<sup>214</sup> Hart, H. L. A. *El concepto de derecho...*, pp. 112-113.

<sup>215</sup> Ibid., p. 113.

<sup>216</sup> Cfr. Ibid., pp. 176-183.

válidas siempre que sean “definitivas”... por lo menos, ese el tratamiento que los operadores jurídicos, de hecho, le dan a las mismas.

Efectivamente, la tesis positivista de la neutralidad valorativa, como se dijo, exige a la ciencia jurídica centrar la mirada en el Derecho realmente existente, en el Derecho que es, y no en el Derecho que debería ser. La pregunta ahora es: ¿qué se entiende por ello?; es decir, ¿cuál es el Derecho “existente”? O, mejor aún, ¿cómo se identifica éste? Para dar respuesta a estas interrogantes, desde el positivismo jurídico, se recurre a la noción de “validez”. Como dice Bobbio, en el positivismo metodológico “la validez indica una característica de la norma que consiste en su existencia en la esfera del Derecho o, en otros términos, en su existencia como norma jurídica: decir que una norma jurídica es válida significa decir que forma parte de un Ordenamiento jurídico real, existente en una determinada sociedad”<sup>217</sup>. De esta forma, pues, para el positivismo el Derecho realmente existente viene a ser el Derecho válido. Pero, si según el positivismo metodológico, hay que excluir los “juicios de valor” al momento de identificar el Derecho realmente existente, entonces ¿el criterio para identificar al mismo solamente puede ser el que hubiera sido previsto artificialmente por el propio ordenamiento jurídico<sup>218</sup>? Es aquí, precisamente, en donde se abre un debate interesante, primero, dentro del propio positivismo (no hay acuerdo sobre cuál es el criterio artificial) y, luego, entre los partidarios de éste y los autores realistas (para éstos el Derecho existente sólo puede ser el efectivamente aplicado, siendo irrelevante si el mismo es conforme o no con algún criterio artificial o positivizado, sea el que sea).

Así, de un lado, dentro de las coordenadas teóricas del positivismo, están los denominados positivistas “incluyentes” que sostienen que los ordenamientos constitucionales, al haber incorporado o positivizado principios morales de justicia, han convertido a los ordenamientos jurídicos en sistemas normativos mixtos en los que para determinar la validez o existencia de una norma es necesario evaluar tanto la forma en la que ésta fue producida (órgano competente y procedimiento respectivo) como la conformidad de la misma con los mencionados criterios morales positivizados (justicia, igualdad, libertad, derechos humanos, etc.)<sup>219</sup>. En la posición contraria, también dentro del propio positivismo, están los denominados positivistas “excluyentes”, que, como señala Escudero, niegan “la posibilidad de que la validez de las normas jurídicas pueda ser una cuestión que se suscite al margen de su origen, pedigree o forma de producción”

<sup>217</sup> Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico...*, pp. 146-147.

<sup>218</sup> Como señala Bobbio, el positivismo metodológico para identificar el Derecho existente “introduce únicamente en su definición el elemento de la validez, y por ello considera como normas jurídicas todas las producidas en la forma establecida por el propio Ordenamiento jurídico, (...)” (Ibid., pp. 151-152).

<sup>219</sup> Para un estudio detallado de los autores que sostienen esta posición, véase: Escudero Alday, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, cap. III.

y, como tal, afirman que “las normas son válidas por su origen formal y no por una supuesta adecuación a ciertos contenidos morales, por mucho que aparezcan referencias a estos contenidos en textos jurídicos de rango superior como pueden ser las constituciones”<sup>220</sup>.

Incluso, actualmente, existen autores que, reivindicándose como positivistas, defienden una visión alternativa a la dicotomía incluyente-excluyente (y que, lógicamente, también se oponen al planteamiento realista). Por ejemplo, a la tesis de la determinación mínima del Derecho, defendida por Patricia Cuenca, subyace una posición que, en el marco de una concepción sistemática y funcional del Derecho, subraya la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica (a diferencia de los autores “excluyentes”) pero que no identifica a dichos contenidos materiales con una supuesta moralidad positivizada (a diferencia de los autores “incluyentes”) sino tan sólo con esa dimensión racional o cognitiva, también positivizada, que supuestamente estaría presente en todo enunciado jurídico: su carácter sistémico y mínimamente determinado que, en estas coordenadas, sería el que hace que no sea admisible (por inválida) cualquier interpretación efectuada por el juez<sup>221</sup>. Es decir, la concepción de validez defendida por Cuenca, “a diferencia del positivismo excluyente, considera que el contenido de las normas es un dato relevante en la identificación de las normas jurídicas válidas; pero, a diferencia de la versión incluyente, entiende como un dato irrelevante la valoración moral de dicho contenido”<sup>222</sup>.

Finalmente, compartiendo la tesis de la neutralidad valorativa pero en mi opinión tomándosela más en serio, están los autores realistas que, como se dijo en el punto 3.1, entienden que llevar a cabo un estricto juicio de hecho para identificar el Derecho existente, necesariamente implica centrar la mirada en el Derecho que “realmente se cumple” o “hace cumplir”, antes que en el Derecho que según ciertos criterios positivos, materiales y/o formales, debería ser cumplido (hacer ello implicaría efectuar un juicio de valor, no necesariamente moral, pero juicio de valor al fin); Derecho que, en la vertiente americana o conductista del realismo jurídico, como se dijo, se identifica plenamente con el conjunto de normas jurídicas formuladas por los tribunales de justicia. Es decir, mientras que para los positivistas el Derecho existente, o bien es el

<sup>220</sup> Escudero Alday, Rafael. “Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho”..., p. 399.

<sup>221</sup> Cfr. Cuenca Gómez, Patricia. “Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica”. En: Anuario de filosofía del Derecho, Tomo XXV, 2008-2009, pp. 211-225. En mi opinión, la siguiente cita resume su posición: “desde un planteamiento positivista, el Derecho sólo puede ser contemplado como un sistema mixto en un sentido mínimo. Pero es, en todo caso, un sistema mixto puesto que la validez de las normas jurídicas no depende exclusivamente de criterios formales, de su creación por un órgano competente a través del procedimiento adecuado, depende también de que ese órgano respete el significado relativamente determinado que las normas superiores necesariamente poseen” (Ibid., p. 225).

<sup>222</sup> Ibid., p. 216.

producido según ciertas reglas positivas formales y materiales-morales (los incluyentes), o bien es el producido según las reglas positivas formales y materiales-rationales (Cuenca), o bien sólo lo es el producido según las reglas positivas formales (los excluyentes); para los realistas americanos el Derecho existente es tan sólo el Derecho utilizado por los jueces para resolver controversias, siendo irrelevante si éste es conforme o no con los criterios positivos formales y/o materiales (morales o racionales) de validez reclamados por los positivistas<sup>223</sup>.

Presentadas, de esta forma, las diversas posiciones sobre la validez jurídica que, por compartir la tesis de la neutralidad valorativa, pueden ser calificadas como “positivistas metodológicas”, corresponde preguntarse: ¿qué visión sobre la existencia del Derecho es la más adecuada? Dado que las objeciones que se han formulado al positivismo “incluyente” son, en mi opinión, muy sólidas (no da cuenta del hecho de que la validez material-moral está irremediabilmente sujeta a la evaluación que de ella hagan los jueces, es decir, un criterio formal)<sup>224</sup>, no voy a asumir este planteamiento. Y es que estoy de acuerdo con Escudero cuando afirma que, desde una posición realmente positivista, “la identificación del Derecho es una labor que se realiza sin que se recurra a ningún tipo de evaluación o valoración moral relacionada con los términos presentes en dicho Derecho. Es, en este sentido, una cuestión meramente fáctica y en ningún caso afectada por la moral”<sup>225</sup>. ¿Esto quiere decir, entonces, que asumo los postulados del positivismo excluyente? Sí pero sólo en tanto resalta el papel medular que cumplen los jueces a los efectos de determinar cuál es el Derecho existente en un espacio-tiempo concreto. No obstante, encuentro difícil asumir que “la validez de las normas jurídicas viene determinada por su origen o pedigree, es decir por haber sido creadas por un sujeto del que se predica su competencia para producirlas, de acuerdo con un procedimiento (...)”<sup>226</sup> ya que, como el mismo Escudero reconoce, “bien podría suceder que un juez vulnerase un requisito de competencia y que, aún así, la sentencia fuera jurídicamente válida”<sup>227</sup>. Es decir, no parece ser que los criterios formales positivos sean determinantes para identificar el Derecho válido. Y es que si éstos lo fueran, lógicamente no podrían ser calificadas como válidas aquellas sentencias emitidas por un

---

<sup>223</sup> Para Bobbio, el realismo viene a ser una teoría reduccionista sobre la validez jurídica: “hay una teoría que reduce la validez a la eficacia, por cuanto afirma que el derecho real no es el que se encuentra enunciado en una Constitución, en un código, o en un cuerpo de leyes, sino que es aquel que los hombres efectivamente aplican en sus relaciones cotidianas; esta teoría hace depender en última instancia la validez de la eficacia. El ejemplo histórico más radical lo ofrecen las corrientes llamadas realistas de la jurisprudencia estadounidense, y sus antecesoras en el continente” (Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*..., p. 40).

<sup>224</sup> Sobre las mismas, véase: Escudero Alday, Rafael. “Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho”..., pp. 399-414.

<sup>225</sup> Ibid., p. 403.

<sup>226</sup> Ibid., p. 403.

<sup>227</sup> Ibid., p. 404.

juez que ha actuado fuera de su marco de competencias o sin seguir el procedimiento correspondiente. El criterio determinante, entonces, tiene que ser otro.

¿Podría ser el defendido por Cuenca? Es decir, ¿el criterio determinante podría ser un criterio material, no moral, de carácter racional, como el sentido literal y sistemático del respectivo enunciado jurídico? En mi opinión no, si es que se quiere conservar la “utilidad” de la definición jurídica llamada “validez”. Y es que, en la lógica de esta posición, es muy posible –al menos teóricamente– que se produzca un fallo que es “inválido” por no sujetarse al sentido literal y sistemático del texto normativo respectivo pero que, a la vez, es “existente” por el sólo hecho de haber sido emitido por el órgano judicial que está en la cúspide de la jerarquía institucional del Poder Judicial y, por tanto, cuyas resoluciones ya no son pasibles de impugnación. En este supuesto, al igual que en el caso del positivismo incluyente, señalar que la sentencia no tiene “validez” carece de relevancia a efectos prácticos “dado que –válida o no– la norma adquiere carácter jurídico y despliega todos sus efectos. Entonces, confunde más que ayuda a sus posibles destinatarios decirles que pueden existir normas inválidas pero que actúan como si fuesen normas válidas. No parece que sea ésta una buena pedagogía de lo jurídico”<sup>228</sup>. Ello es así porque, para todo efecto práctico, una sentencia definitiva o inapelable, aun cuando sea errónea –o, si se quiere, irracional por basarse en una interpretación contra-literal de un texto normativo–, siempre será el Derecho “existente” en un momento determinado y, por tanto, si se quiere conservar la utilidad de las definiciones jurídicas, no cabe más que atribuir a la misma la condición de “válida”. A menos, claro está, que se quiera intentar la titánica tarea de explicar la posible presencia de fallos inválidos pero de todos modos existentes y, peor aún, que a pesar de ser inválidos serán ejecutados por las autoridades correspondientes precisamente por ser existentes (recuérdese que los jueces también tienen el poder de imponer sus fallos por la fuerza).

Consecuentemente, con cargo a profundizar en el futuro este punto, voy a adoptar el punto de vista realista porque, en mi opinión, es el único que permite afirmar, sin incurrir en incoherencia alguna, “que un juez se ha equivocado en su decisión, pero que ésta es jurídicamente válida. La sentencia resultante existe, vincula y se aplica aunque se considere que sus términos no se han ajustado a lo establecido en una norma de rango superior, como lo es por ejemplo una ley”<sup>229</sup>. Efectivamente, ello es así porque, desde las coordenadas del realismo jurídico de corte americano, sólo se tiene que prestar atención al dato fáctico de la “definitividad” para identificar al Derecho existente. Y es

---

<sup>228</sup> Escudero Alday, Rafael. “Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho”..., pp. 404-405.

<sup>229</sup> Ibid., p. 403.

que, en esta corriente, las sentencias que son inmodificables, inapelables o definitivas, sea cual sea su contenido, siempre vienen a ser el Derecho que se cumple o que se hace cumplir. Como resalta Escudero, “es ésta la premisa común bajo la que actúan los juristas y cualquier reconstrucción teórica de la misma debe, si pretende ser fiel a la realidad, reconocer este hecho y ajustarse al mismo”<sup>230</sup>. En tal sentido, desde un planteamiento como éste, no tiene ninguna importancia afirmar que las decisiones judiciales no son “infalibles” ya que lo único relevante, a los efectos de determinar su existencia dentro del Derecho (el “ser”), es verificar si frente a las mismas ya no cabe interponer recurso impugnativo alguno (es decir, que son “definitivas”). Queda claro, entonces, que para abordar adecuadamente el problema del “ser” de la labor judicial (sobre todo lo relativo a sus límites), es completamente irrelevante distinguir entre “definitividad” e “infalibilidad” de los fallos judiciales. Volveré sobre esta idea, en el siguiente punto, al momento de estudiar las críticas de Hart al planteamiento realista y los cuestionamientos que se pueden hacer a la tesis de la determinación mínima del Derecho.

#### **4.2 El ilimitado poder discrecional de los jueces: la supervivencia de la tesis escéptica.**

En este acápite, partiendo de las premisas metodológicas señaladas en el punto 4.1 (una cosa es el ser y otra el deber ser de la labor judicial, para identificar el ser hay que distinguir entre lo que los jueces dicen y lo que realmente hacen y, para evaluar la validez del ser, basta con constatar que el fallo judicial es definitivo), se van a estudiar las críticas realizadas a las posiciones señaladas en los apartados 2 y 3 y, por supuesto, se va a defender que el planteamiento escéptico o realista sigue siendo la mejor explicación acerca de lo que los jueces, de hecho, hacen o pueden hacer válidamente. Así, pues, se va a demostrar, primero, la inconsistencia de las tesis cognitiva (en todas sus versiones), intermedia (en las versiones presentadas) y de la determinación mínima del Derecho, y, luego, que la tesis escéptica, con algunos ajustes, resulta “bien parada” frente a las críticas realizadas desde los otros planteamientos. Y es que, en mi opinión, no es suficiente con constatar que el lenguaje jurídico no es “totalmente” indeterminado (como erróneamente se asume desde el escepticismo), para concluir que los jueces, o bien “a veces” están sujetos a una “zona de certeza” (como sostiene la tesis intermedia), o bien “siempre” están sujetos al sentido literal y sistemático de los enunciados normativos (como afirma la tesis de la determinación mínima del Derecho).

---

<sup>230</sup> Escudero Alday, Rafael. “Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho”..., p. 403.

#### **4.2.1 Críticas al planteamiento cognitivo: es falso que los jueces nunca actúan con discreción judicial en sentido fuerte.**

Empezaré por la tesis cognitiva. En lo que se refiere a la tesis determinista sobre la interpretación judicial y la labor de los jueces, defendida por el positivismo decimonónico, la gran crítica que se le puede hacer es que, en realidad, es un planteamiento prescriptivo sobre este problema y, como tal, metodológicamente no resulta ser el más adecuado. Efectivamente, tal como se señaló en el punto 2.1, no es posible entender la concepción mecanicista de la actividad judicial si es que no se toman en cuenta las siguientes pre-concepciones sobre la democracia y el Derecho: (i) que la voluntad democrática legítima únicamente es la del legislador, (ii) que el juez carece por completo de legitimidad democrática y, por tanto, su “poder” debe ser nulo, y (iii) que el Derecho, al haber sido creado por un legislador “racional”, encierra en sí la solución a cualquier caso que se presente. Por ello, a mi juicio, los defensores de este planteamiento, lo único que hicieron, en su momento, fue elaborar una explicación sobre la interpretación que, como se puede apreciar fácilmente, es perfectamente compatible con los postulados ideológicos antes señalados. Vale decir, no explican qué es realmente la interpretación judicial sino cómo debería ser la misma (una actividad del conocimiento) para que sea compatible con el marco ideológico que ellos defienden. Hacen pasar, pues, un juicio de valor como un juicio de hecho. Por tanto, no cabe duda que el planteamiento del positivismo primigenio sobre la labor judicial, no es fiel al planteamiento positivista metodológico de la neutralidad valorativa.

Por lo demás, es conveniente resaltar que la tesis de la interpretación mecanicista elaborada por el positivismo decimonónico, actualmente ya ha sido abandonada por el positivismo contemporáneo. En efecto, todos los pensadores a los que comúnmente se coloca en esta corriente de pensamiento (Kelsen, Hart, Bobbio, Ross, etc.) reconocen que, en virtud de la mayor o menor indeterminación propia del lenguaje, la labor interpretativa del juez consiste en elegir y aplicar, discrecionalmente, alguno de los posibles significados atribuibles a un enunciado jurídico, motivo por el cual deja de ser un mero aplicador de la Ley preexistente y se transforma en un órgano más de producción normativa o, lo que es lo mismo, de creación de Derecho. Es, pues, la propia textura abierta del lenguaje en el que se expresan las normas jurídicas (tal como demuestra Hart), la que hace que los tribunales de justicia deban “precisar” el supuesto contenido de la norma a aplicar y, como tal, que creen o produzcan Derecho. En síntesis, actualmente el positivismo jurídico defiende la tesis de la discrecionalidad judicial<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup> Cfr. Dorado Porras, Javier. Op. Cit., pp. 38-42. Bobbio rechaza la tesis mecanicista de la interpretación judicial de la siguiente forma: “la interpretación del Derecho por el juez no consiste nunca en la mera



Ahora bien, no tiene sentido plantear esta objeción metodológica al planteamiento de Dworkin (ni al de Atienza) ya que, como se deduce de lo señalado en el punto 2.2, este autor explícitamente rechaza la tesis positivista de la neutralidad valorativa en su doble aspecto: (i) no cree que la ciencia del Derecho debe ser sólo “descriptiva” o moralmente neutra y (ii) rechaza que la identificación del Derecho existente deba hacerse prescindiendo de criterios morales o valorativos. Para este autor, la tarea de la teoría del Derecho es identificar no sólo las reglas existentes en un ordenamiento determinado (una labor descriptiva) sino, además, los “principios” morales que justifican y le dan coherencia al Derecho positivo (una labor prescriptiva); principios que formarán parte también del Derecho existente y que, tal como lo demostraría la práctica cotidiana de los operadores jurídicos, son utilizados para resolver los casos en los que no existe una regla positiva expresa. De esta forma, según Dworkin, la labor de la ciencia jurídica es descriptiva y, a la vez, valorativo-justificativa (prescriptiva) y, como directa consecuencia de lo anterior, la identificación del Derecho existente termina siendo una tarea en la que la “moral” tiene mucho que decir<sup>232</sup>. Para Dworkin, pues, no existe separación conceptual entre el Derecho y la Moral.

La crítica a Dworkin, en mi opinión, pasa por evaluar la certeza o no de los argumentos que da para rechazar la tesis de la discrecionalidad judicial en sentido fuerte (Dworkin, como se recordará, acepta la tesis de la discrecionalidad en sentido débil). La argumentación de Dworkin se puede resumir de la siguiente manera: junto a las reglas existen principios, éstos son jurídicamente “obligatorios” para los jueces y en el Derecho siempre hay una sola respuesta correcta para cada caso concreto. En mi opinión, los puntos débiles de Dworkin están en el sentido de obligatoriedad que maneja y, por supuesto, en la idea de que los principios excluyen la presencia de discrecionalidad fuerte en los jueces. En primer lugar, hay que reconocer, como hizo Hart en su *Postscriptum*<sup>233</sup>, que es usual que en los textos constitucionales

---

interpretación de la Ley sobre la base de un procedimiento puramente lógico: aunque no sea consciente de ello, el juez, para alcanzar una decisión, debe elegir, y para ello debe introducir siempre valoraciones personales que no están vinculadas al esquema legislativo que él debe aplicar” (Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico...*, p. 241).

<sup>232</sup> Hart, en el *Postscriptum*, resume el planteamiento metodológico de Dworkin de la siguiente manera: “La teoría del Derecho así concebida, como descriptiva y general a la vez, es un proyecto que difiere radicalmente de la concepción de Dworkin de la teoría del Derecho –(...), parcialmente valorativa y justificativa y dirigida a una cultura jurídica particular, que es, por lo general, la del autor y, en el caso de Dworkin, la del Derecho anglo-americano. La tarea central de la teoría del Derecho así concebida es caracterizada por Dworkin de “interpretativa” y contiene en parte evaluaciones, pues consiste en identificar los principios que mejor se adecuan al Derecho establecido y a las prácticas de un sistema jurídico y que, al mismo tiempo, suministran la mejor justificación moral de ellos, mostrando así el derecho bajo su mejor aspecto. Para Dworkin, los principios así identificados no sólo forman parte de una teoría del Derecho, sino que son también, implícitamente, parte del Derecho mismo” (Hart, H. L. A. “*Postscriptum*”..., pp. 92-93).

<sup>233</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 117-123.

contemporáneos se incorporen enunciados lingüísticos que, dada la forma en la que están formulados, utilizando términos sumamente genéricos e, incluso, moralmente valorativos (por ejemplo, “todo trabajador tiene derecho a una remuneración justa y equitativa”), presentan características similares a los “principios” que señala Dworkin. Ahí están los enunciados jurídicos que formulan las normas jurídicas que establecen “derechos fundamentales” que, autores como Alexy o Borowski, entienden que tienen la condición de normas-principio y, por tanto que son aplicables “*prima facie*” o según su peso relativo y, por tanto, previo análisis de ponderación<sup>234</sup>. No obstante, este sólo hecho no es suficiente para demostrar que, en los ordenamientos actuales, no existen problemas de lagunas normativas o de supuestos no regulados por el Derecho y, mucho menos, que la presencia de éstos elimina el poder discrecional del juez para crear Derecho (discreción fuerte).

Efectivamente, como Dworkin reconoce, no basta con afirmar que hay “principios” sino, además, hay que demostrar que los mismos se les imponen a los jueces. Es decir, que éstos, ante un caso concreto, no tienen la libertad de decidir si los aplican o no. Como se vio en el punto 2.2, Dworkin sostiene que sí son obligatorios para los jueces porque, en resumen, (i) la opinión común de los juristas considera que si no se aplican ello sería un “error”, (ii) los propios jueces consideran que los principios les son obligatorios, (iii) la interpretación de los mismos, para los jueces, sólo implica que es necesario “descubrir” qué mandan o a qué obligan pero no que no existen o que no son obligatorios, y (iv) los jueces, en última instancia, si aplican un sentido u otro de una regla es porque entienden que hay un principio que les exige hacer eso. Es decir, para Dworkin los principios son obligatorios para los jueces porque, simplemente, éstos creen que les son obligatorios.

Pues bien, si ese es el sentido en el que son obligatorios los principios para los jueces, no cabe más que decir que los mismos sólo lo son en un sentido “débil” del término. Primero, porque parece ser inocuo decir que si no se aplican ello supone cometer un “error” ya que, lo que el ciudadano promedio esperaría, es que su inaplicación conlleve a la nulidad o a la invalidez de la resolución judicial que no los recoge. Y, sobre todo, porque la obligatoriedad de dichos principios, al final, depende de la propia voluntad del sujeto obligado: el juez. Una idea “seria” o “fuerte” de obligación o de deber presupone entender que éstos se imponen y, por tanto, que el sujeto obligado no está en actitud de decidir si se somete o no a los mismos. Que un juez, ante un caso concreto, considere

---

<sup>234</sup> Sobre el carácter “principal” de los derechos fundamentales y su condición de normas jurídicas aplicables “*prima facie*”, véase: (i) Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2º edición en castellano, 2007, Cap. III; y (ii) Borowski, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 47-65.

que un principio “x” le es obligatorio, no puede llevarnos a perder de vista precisamente que ese principio se aplica porque él “cree” que le es obligatorio. Y dado que su obligatoriedad depende de lo que un juez finalmente considere, entonces es muy posible que frente a otro caso, idéntico o similar, otro juez considere exactamente lo contrario: que no es obligatorio. ¿Qué tipo de obligación es esa cuya aplicación efectiva, al final, depende de un acto de voluntad del propio sujeto obligado? En mi opinión, una muy débil. Consecuentemente, no parece ser que cuando los jueces citan principios en apoyo de sus resoluciones, ello suponga que están aplicando un estándar normativo “preexistente”. Si éste deviene en un estándar normativo, lo es porque el juez discrecionalmente le otorga dicho estatus.

Ahora bien, aun aceptando que los jueces para resolver lagunas o precisar el sentido de una regla citan principios “obligatorios”, como respondió Hart a Dworkin en el *Postscriptum*, ello “no elimina el momento de la creación judicial de Derecho, puesto que en cualquier caso difícil pueden presentarse diferentes principios que sustentan analogías rivales y el juez debe decidir entre ellos, apoyado, como cualquier legislador escrupuloso, en su buen juicio acerca de qué es lo mejor y no en un orden establecido de prioridades prescritas por la ley. Únicamente si para todos estos casos pudiera hallarse en el Derecho existente algún conjunto único de principios de orden superior que asignaran un peso relativo o prioridades a los principios rivales de orden inferior, el momento de la creación jurídica de Derecho no sería solamente diferido sino eliminado”<sup>235</sup>. Este argumento se fortalece simplemente dando cuenta de la historia del Estado de Derecho que, en sucesivas evoluciones, supuso la constitucionalización de derechos fundamentales que se apoyan en razones morales opuestas entre sí (por ejemplo, el derecho al trabajo y la libertad de empresa, la libertad de expresión y el derecho al honor, el derecho a la vivienda y a la propiedad privada)<sup>236</sup>. Es decir, cuando hablamos de los “principios” recogidos en los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho contemporáneos, no estamos hablando de “una” moralidad institucionalizada sino, con toda seguridad, de “varias” moralidades institucionalizadas.

Si ello es así, entonces existen altas posibilidades de que se presenten casos que, para ser resueltos, requieran del juez el trabajo de dirimir entre principios encontrados y, si quiere que su resolución esté motivada, tendrá que “inventarse” un criterio de selección que, en atención a las circunstancias del caso, le permita determinar cuál de los dos prevalece (salvo, claro está, que se sostenga que en el Derecho también existen “meta-

<sup>235</sup> Hart, H. L. A. “Postscriptum”..., p. 139.

<sup>236</sup> Bobbio da cuenta de este hecho, entre otras razones, para rechazar la posibilidad de ofrecer un fundamento absoluto para todos los derechos humanos. Al respecto, véase: Bobbio, Norberto. “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”. En: *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asís. Madrid: Sistema, 1991, pp. 53-62 y, en especial, pp. 57-60.

principios” que determinan cómo debe “ponderar” el juez). Y al hacer eso, por lo menos, como explica Prieto Sanchís, habrá creado dos “reglas”: (i) el criterio de selección (¿qué es sino el análisis de ponderación?, ¿acaso no es una invención judicial?, ¿hay alguna ley o principio que diga que así se deben resolver los conflictos entre principios?), y (ii) una regla de excepción del tipo “en las circunstancias X, Y, Z prevalece el principio J” (regla que, por cierto, de ser generalizada vía la jurisprudencia hará que en casos similares sea innecesario recurrir al análisis de ponderación)<sup>237</sup>. Por lo demás, no debemos olvidar que los enunciados jurídicos que “expresan” principios también adolecen de problemas de indeterminación y, como tal, el primer paso antes de ponderar es determinar que el principio “X” es aplicable al caso “Y”<sup>238</sup>... y sin lugar a dudas ahí también el juez estará actuando con discrecionalidad en sentido fuerte: entre las distintas posibilidades de interpretación de un enunciado que establece un principio él debe elegir la que, según el dictado de su conciencia, sea la más conveniente y, tal como explican los realistas, ese proceso es un acto de voluntad.

En ese sentido, tomando en cuenta estas objeciones, ¿es posible seguir hablando de una sola respuesta correcta para cada caso concreto? Sí pero sólo rebajando considerablemente el nivel de “fortaleza” de dicha tesis. Eso es lo que hace Dworkin, precisamente, en su trabajo “La justicia con toga” donde aceptará que “mi propuesta sobre las respuestas correctas en los casos difíciles es una tesis jurídica muy débil y de sentido común. Es una tesis formulada desde el interior de la práctica jurídica... Me pregunto si en los casos difíciles puede en alguna ocasión decirse que resulta sensato, correcto o preciso afirmar, en el sentido en que los abogados podrían hacerlo, que el derecho correctamente entendido le da la razón al demandante (o al demandado). Y contesto que sí, que en algunos casos difíciles algunas afirmaciones como las anteriores resultan sensatas, correctas o precisas. (...). Ahora le toca al lector. ¿Alguna vez ante algún tipo de caso difícil ha pensado que un argumento jurídico corriente era el más sólido globalmente? Si lo ha hecho, también ha rechazado la noción de la inexistencia de una solución correcta, que entiendo es el objetivo de mi propia tesis”<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> Prieto Sanchís sostiene que el resultado final del “juicio de ponderación” siempre es una “regla”. Es por ello que dirá que “la ponderación se configura, pues, como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular prima facie un cierto caso y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso; regla que, por cierto, merced al precedente, puede generalizarse y terminar por hacer innecesaria la ponderación en los casos centrales o reiterados” (Prieto Sanchís, Luís. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 194).

<sup>238</sup> En palabras de Prieto Sanchís: “cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso “subsumir”, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios” (Ibid., p. 193).

<sup>239</sup> Dworkin, Ronald. *La justicia con toga*. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007, pp. 52-53.

Es decir, para Dworkin, en el Derecho siempre existe una sola respuesta correcta porque los operadores jurídicos siempre creen que hay una y sólo una respuesta correcta. ¿Cuál es? La que ellos defienden o la que más los convence. Ese es el sentido de la tesis de Dworkin: que en un proceso judicial siempre alguien tiene las mejores razones. Es simplemente poner de manifiesto “la opinión común de que una parte tenía las mejores razones”<sup>240</sup>. Nada más. ¿Cómo se tabulan las mismas? Eso escapa a los alcances de la tesis de la única respuesta correcta pero, para Dworkin, ello no significa que los operadores jurídicos no creen que siempre existe una y sólo una respuesta correcta. Es más, expresamente reconoce que no es posible demostrar “que hay respuestas realmente correctas, respuestas correctas realmente reales, respuestas correctas ahí afuera o alguna otra cosa situada en algún peldaño superior de la escalera de la inflación verbal”<sup>241</sup>. Al parecer, él sólo quería destacar que, desde el punto de vista interno de los operadores del Derecho, siempre habrá una respuesta correcta para cada caso concreto. Por supuesto, es un sentido inocuo o “débil” de la tesis de la única respuesta correcta (como él dice) y, por lo demás, no añade nada en contra de la tesis fuerte de la discreción judicial: que el demandante considere que tiene la razón, no significa que el juez no tenga libertad para decidir fallar a favor del demandado (que, por cierto, también creará que tiene la razón). Por tanto, no parece ser que la presencia de principios en los ordenamientos contemporáneos suponga eliminar el poder del juez para crear Derecho.

¿Subsiste la tesis fuerte de la discreción judicial frente a las objeciones de Atienza? En lo que se refiere a la tesis de Atienza, en primer lugar, es conveniente resaltar que éste asume, al igual que Dworkin, que en el Derecho junto a las reglas existen principios de moralidad jurídicamente obligatorios y, por tanto, son extensibles a sus planteamientos, en este aspecto, las críticas recientemente efectuadas al supuesto carácter “obligatorio” de los principios. Ahora bien, más allá de eso, una crítica completa a la tesis defendida por Atienza presupone cuestionar, de un lado, la noción de Derecho como “práctica social” y, de otro, la idea de que el razonamiento analógico elimina por completo la presencia de discreción fuerte en las manos de los jueces que lo utilizan.

Como se dijo en el punto 2.3, de acuerdo con Atienza, en el Derecho no existen lagunas o supuestos no resueltos si es que se entiende al mismo como una “práctica social”. Él expone su planteamiento según el siguiente símil: el Derecho sería como una empresa cuya actividad principal y permanente (es decir, su práctica) consiste en producir “reglas generales” (los trajes) que resuelvan los casos reales y, muy importante, cuyos estándares de calidad serían ciertos “principios y valores” que rigen todo el proceso productivo. El mecanismo de producción sería el siguiente: existiría un obrero llamado

<sup>240</sup> Dworkin, Ronald. *La justicia con toga...*, p. 53.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 53.

“legislador” que produce “reglas generales” (los trajes) y, a la vez, un supervisor o un inspector de calidad llamado “juez” (el sastre) cuya función consistirá en verificar que no haya fallas en las reglas según los estándares de calidad señalados... y, si las hay, las repara emitiendo la regla general correspondiente que solucione el fallo detectado (es decir, colma lagunas). Así, el resultado final de este procedimiento, de esta actividad permanente llamada “Derecho”, siempre será completo y acabado porque esta empresa siempre resolverá los casos reales que se le presentan.

Visto así el símil, no queda claro por qué los jueces no crean Derecho. Si éstos, para reparar las fallas de los “obreros” (los legisladores), emiten una regla general, no se entiende por qué ello no supone que están creando Derecho exactamente del mismo modo en que lo hacen los legisladores en su condición de operarios. Parece ser, según el símil, que ello responde a que los jueces, como “supervisores” que son, producen esas reglas, no de acuerdo con sus creencias y valoraciones, sino según los principios o valores del sistema (los estándares de calidad) y, por tanto, lo más lógico sería entender que, en realidad, no crean nada sino que están explicitando una regla que ya se encontraba prevista en el ámbito de los principios. Pero, si ello es así, entonces resulta que los legisladores, en su condición de operarios, tampoco crean Derecho ya que éstos, para desempeñar sus funciones, es obvio que también se tendrán que apoyar en los “estándares de calidad” que supuestamente sujetan a los jueces. Si Atienza no cuestiona que los legisladores, al emitir reglas generales, crean Derecho y, sobre todo, que lo hacen discrecionalmente, ¿por qué sí lo hace en relación con los jueces que, según su propio símil, realizan una labor incluso más relevante o de mayor responsabilidad (son los supervisores) que la de los obreros?

Parece ser que, para Atienza, una Ley que no regula un supuesto que debió ser regulado según los principios y valores del sistema, sí supone un acto de creación jurídica hecho por el legislador (el obrero de la empresa llamada Derecho), pero una sentencia que recurre a esos principios para resolver el caso indebidamente no regulado, no constituye un supuesto de creación judicial de Derecho. Esto, en mi opinión, es incoherente. Si el legislador tiene discreción fuerte para interpretar los principios y los valores que supuestamente subyacen al ordenamiento jurídico, ¿por qué el juez, que hace lo mismo, no la tiene? O los dos vienen siendo casos de producción normativa, o ninguno lo es. Contrario a lo esperado por Atienza, creo que la concepción de Derecho como una “práctica social”, termina resaltando el rol fundamental que cumplen los jueces en el mecanismo de producción de la empresa llamada “Derecho”. En esta lógica, están para corregir las falencias del legislador. Si esto es cierto, entonces a los más se puede decir que los jueces son “co-legisladores” (en la medida que operan sobre la base de lo hecho

o no hecho por los “obreros”) y, como se verá en el punto 4.2.3, ello es una opinión que también puede ser suscrita desde las coordenadas del realismo jurídico.

Ahora bien, ¿y es cierto que en los casos difíciles, como dice Atienza, los jueces recurren al razonamiento analógico y, por ende, no actúan con discreción en sentido fuerte?; es decir, ¿las reglas del razonamiento analógico eliminan todo rastro de poder discrecional fuerte en manos del juez? En primer lugar, es conveniente señalar que parece exagerado sostener que los jueces siempre resuelven los casos difíciles según las reglas del razonamiento analógico. En efecto, como el mismo Atienza reconoce, dicha forma de razonar solamente opera en supuestos “esencialmente” similares y, dada la imposibilidad material del legislador de prever todos los casos que deparará el futuro, es muy posible que se presenten casos nuevos que no sean “esencialmente” similares a ningún supuesto previamente resuelto por el sistema de reglas. Evidentemente, en casos como éstos, los jueces no podrán razonar según las pautas del método analógico, aunque todavía podrían recurrir a los principios para “buscar” una respuesta para el caso que tienen en sus manos... y, como se dijo en relación con Dworkin, ello tan sólo supondría retrasar el momento de la discreción judicial fuerte. Pero, asumiendo que el supuesto no regulado es “esencialmente” similar a un caso regulado, ¿ahí los jueces, al actuar según las reglas del razonamiento analógico, carecen por completo de discreción fuerte?

Como el propio Atienza explica, en los casos difíciles, el razonamiento analógico no excluye al razonamiento silogístico sino que tan sólo lo precede (éste es el último paso)<sup>242</sup>. Consecuentemente, en esos casos el juez, para fallar, también tiene que construir una regla general que cumpla la función de premisa mayor. Atienza dice que al construir esa regla general el juez no actúa con discreción fuerte porque utiliza la “analogía”. Pero cuando un juez utiliza la analogía, debe demostrar que el caso no regulado expresamente es “esencialmente” similar a un caso expresamente regulado y, para hacer eso, va a tener que recurrir a algún criterio de comparación (uno del tipo: “si dos casos presentan la característica “A”, aun cuando difieran en otras, son dos casos esencialmente iguales”) que le permita decir que el primero: (i) es “esencialmente” igual al segundo (comparten la característica “A”) y (ii), por supuesto, que no es “esencialmente” igual a otro caso también expresamente regulado (no comparten la característica “A”). Y en tanto ese criterio tendrá que ser eminentemente casuístico, entonces el juez tendrá que inventárselo ex-post recurriendo a sus propias consideraciones y valoraciones. Consecuentemente, siguiendo la propia lógica de Atienza, el razonamiento analógico no excluye la discreción judicial en sentido fuerte sino que tan sólo la retrasa. Por lo demás, no se debe olvidar que las reglas racionales

---

<sup>242</sup> Cfr. Atienza, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?” En: *Cuestiones judiciales...*, pp. 17-18.

que guían el razonamiento analógico (la idea de coherencia con los principios y valores del ordenamiento), son reglas de “corrección” y no de validez. Por tanto, el hecho de que un juez utilice en forma incorrecta la analogía para sustentar la premisa mayor de su argumentación, no supondrá que su fallo final devenga en inválido ya que, como se dijo en el punto 4.1, ello tan sólo dependerá de la definitividad del mismo.

#### **4.2.2 Críticas a la tesis intermedia y a la tesis de la determinación mínima: no existen límites cognitivos al poder discrecional fuerte del juez.**

Visto, entonces, que las tesis cognitivas estudiadas no llegan demostrar que los jueces nunca actúan con discreción judicial en sentido fuerte, corresponde ahora evaluar si las tesis intermedia y de la determinación mínima del Derecho cumplen con su objetivo de demostrar que los jueces: (i) no siempre actúan con discreción fuerte (la intermedia), o (ii) siempre lo hacen pero sobre la base de haberlo hecho primero sin discreción o con discreción débil (la tesis de la determinación mínima). Es decir, corresponde evaluar si, como sostienen ambas tesis aunque con diferente intensidad, existen límites cognitivos al poder discrecional fuerte del juez.

Empezaré con la tesis intermedia sobre la interpretación. La crítica a este planteamiento consiste en demostrar que no es cierto que la interpretación judicial sea una actividad “cognoscitiva” o “racional” en los casos claros (Hart) o en las “situaciones normales” (Bulygin). Efectivamente, en primer lugar, es conveniente resaltar que, desde esta posición, se asume un concepto “estricto” de interpretación que, como se dijo en el punto 1, presupone entender que, en el Derecho, existen enunciados jurídicos, de un lado, “claros y precisos” y, de otro, “oscuros y ambiguos”, siendo estos últimos los únicos que requerirían interpretación (el significado de los primeros estaría claro). Como se dijo en ese momento, este concepto pasa por alto el hecho de que, incluso, será la interpretación la que le dirá al intérprete, al momento de realizar esta actividad, si un texto es claro u oscuro<sup>243</sup>. Vale decir, un enunciado normativo, al margen de si es claro u oscuro, siempre es interpretable, aunque ciertamente en el primer caso la labor de determinar su significado aparezca, a los ojos del intérprete, como más sencilla. No se debe perder de vista que la interpretación judicial tan sólo es el proceso por medio del cual el juez determina el significado de un enunciado jurídico; actividad que podrá ser más o menos difícil, para el juez, en función de muy diversos factores que se pudieran presentar tales como la intención del autor del texto normativo, el contexto en el que fue emitido el mismo, los significantes lingüísticos que hubieran sido utilizados, etc. Que al juez le parezca que el significado de un enunciado jurídico “salta a la vista”, no quiere

---

<sup>243</sup> Cfr. Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica...*, pp. 7-8.



decir que éste no ha interpretado el mismo. Sólo supone entender que, para ese juez, determinar su significado ha sido relativamente sencillo (y digo “para ese juez” porque es posible que para otro el proceso sea más bien complejo). Como acertadamente señala Cuenca, “en ocasiones, se “comprende” el sentido de un texto de un modo “aprobable”, “inmediato” o “rutinario”, sin que se requiera un ulterior razonamiento orientado a justificar la corrección de tal comprensión”, pero, “ello no supone que no concurra una actividad intelectual de naturaleza eminentemente interpretativa”<sup>244</sup>.

Dicho esto, salta a la vista el punto débil de la tesis intermedia sobre la interpretación judicial. A mi juicio, asume erróneamente que la distinción entre “zona clara” y “zona de penumbra” (Hart) o entre “situaciones normales” y “lagunas normativas” (Bulygin) es una distinción objetiva o, lo que es lo mismo, que no depende de las valoraciones subjetivas del intérprete<sup>245</sup>. Es decir, según esta tesis, identificar la zona clara del enunciado normativo (Hart) o una solución genérica prevista por el legislador que resuelva un caso individual (Bulygin), no representaría mayor esfuerzo interpretativo ya que, a pesar de ser ambiguo, el lenguaje natural sí poseería un significado propio mínimo. No obstante, precisamente porque el lenguaje natural es vago e indeterminado, es posible sostener que la identificación de la zona clara de un texto normativo o de la solución genérica prevista en una regla creada por el legislador, también está sujeta a la discrecionalidad fuerte del intérprete. Así, pues, es muy posible que mientras que un juez considera que un caso “A” cae claramente dentro del supuesto de hecho de la regla “B”, otro juez frente a un caso idéntico entienda que la aplicación de la solución prevista en la regla “B”, al menos, es discutible. En ese sentido, es evidente que la distinción entre zona de certeza y zona de penumbra es “relativa” al intérprete y no al lenguaje utilizado por los enunciados jurídicos. Como nuevamente resalta Cuenca, “la claridad no es una propiedad de los textos o de los casos que preexista a la interpretación, sino que es, a su vez, el resultado de una decisión interpretativa. Desde este enfoque los intérpretes no sólo gozarán de libertad para decidir la solución de controversias que caen en la “zona de penumbra”, sino también para “decidir si una controversia cae o no en el núcleo luminoso”, de tal manera que los “incierto confines” entre el “núcleo” y la “penumbra” serían, en realidad, definidos de manera discrecional por los propios intérpretes”<sup>246</sup>. Por lo demás, en virtud de la definición de validez adoptada en el punto 4.1, queda claro que el juez tendrá plena discreción para calificar de “oscura” –o atribuirle un significado distinto– incluso a una zona de un texto normativo que la comunidad jurídica –o lingüística– considera como “luminosa”. Si ello

<sup>244</sup> Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, p. 404.

<sup>245</sup> Cfr. Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica...*, pp. 17-18.

<sup>246</sup> Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, p. 405.

es así, entonces, difícilmente la “zona de certeza” puede constituirse en un límite “cognitivo” real al poder del juez para crear Derecho.

Es tan relativa a la discreción del intérprete (el juez) la dicotomía “caso claro” / “caso oscuro” que incluso un caso puede ser calificado como “difícil” sin necesidad de que caiga en la zona de penumbra (Hart) o de que sea un excepcional supuesto de laguna normativa (Bulygin). Precisamente, ello es lo que sucede cuando la solución prevista por el sistema de reglas le plantea al intérprete (el juez) problemas valorativos. Y es que, como explica Cuenca, “en ocasiones, un caso es tratado como difícil, no por la indeterminación del enunciado jurídico aplicable, sino porque la solución que resulta de la aplicación de tal enunciado, en su significado más inmediato, se enfrenta con los valores del intérprete”<sup>247</sup>. Es decir, podría ser que un caso particular, a los ojos del juez, cae “claramente” en el supuesto de hecho (el caso genérico) previsto en un texto normativo pero que, no por ello, sea un caso fácil de resolver ya que puede ser que, también a los ojos del juez, la consecuencia jurídica prevista por el legislador (la solución genérica) sea particularmente “injusta”, “inmoral”, “desproporcionada”, “irracional”, “inadecuada”, etc.; y, por tanto, que en virtud de sus propias valoraciones y creencias esté tentado a fallar —o que fallé— en contra de lo expresado textualmente por el legislador en el enunciado normativo. En tal sentido, ni siquiera en los casos absolutamente claros es posible asumir que el juez siempre realiza un acto puro del conocimiento. Así, pues, es evidente que el juez tendrá la discreción fuerte para decidir cuándo un caso fácil se problematiza y cuándo no (no existe un criterio *ex ante* que regule esa toma de decisión)... y, por supuesto, ello también presupone que el juez, en verdad, tiene el poder de decidir cuándo se somete y cuándo no incluso al sentido más fácilmente interpretable de los enunciados jurídicos (la zona de certeza). Por tanto, no parece ser que existan límites cognitivos al poder discrecional fuerte del juez ni siquiera en los casos supuestamente claros.

Ahora bien, como se ha visto, todas estas objeciones son compartidas por Cuenca. No obstante, como se dijo en el punto 3.3, ella sigue considerando que sí existen límites cognitivos básicos a la labor interpretativa del juez incluso en los casos que caen en la zona de penumbra. Para ella, los jueces sí tienen discreción fuerte pero —y ésta es la diferencia de su tesis con la escéptica— sólo para elegir entre los significados que son válidamente admisibles según el marco interpretativo fijado de acuerdo con el significado literal y sistemático de los enunciados jurídicos (las normas-dato). En tal sentido, la crítica contra esta posición debe estar dirigida a demostrar que el mencionado sentido literal y sistemático de los textos normativos, no se constituye en un límite

---

<sup>247</sup> Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, p. 406.

cognoscitivo mínimo para evaluar la validez de las decisiones judiciales tal como pretende Cuenca.

La base de todo su razonamiento está en demostrar, en contraposición con el escepticismo, que los enunciados jurídicos, desde una perspectiva sistemática y funcional del Derecho, no son –mejor, no pueden ser– absolutamente indeterminados. Ello es así porque, en algo que es difícilmente rebatible, constata que el lenguaje natural, que es el lenguaje por el que se manifiesta el Derecho, no es totalmente indeterminado. Y no lo es porque, como bien señala, existen reglas semánticas y sintácticas, compartidas por la comunidad lingüística correspondiente, que son las que permiten a los hablantes de esa lengua comunicarse y darse a entender entre sí. Así, pues, a cada conjunto ordenado de significantes lingüísticos de una lengua determinada, de conformidad con las reglas semánticas y sintácticas en ella vigentes, le corresponderá un significado básico o elemental que será precisamente el que permitirá la comunicación lingüística. Y, como Cuenca explica correctamente, ese significado viene a ser el significado que se desprenderá de la literalidad de los signos lingüísticos utilizados, es decir, es el sentido literal. No obstante, que esto sea correcto no quiere decir, en mi opinión, que en el ámbito jurídico no toda interpretación judicial sea válida. Y es que del solo hecho de comprobar que el lenguaje jurídico utiliza para expresarse al lenguaje natural, no se puede deducir sin más que las reglas semánticas y sintácticas de este último se transforman en reglas jurídicas obligatorias que actuarán condicionando la validez de las decisiones interpretativas.

Efectivamente, en primer lugar, es conveniente resaltar que en el propio lenguaje natural no es usual utilizar la expresión “eso es inválido” para referirse a un mal uso de las reglas lingüísticas o, por lo menos, no en el mismo sentido en el que se entiende en el lenguaje jurídico (acá inválido equivale a inexistente). Por ejemplo, si un angloparlante dice “el mesa está roto” todos los hablantes de la lengua castellana estarán de acuerdo en que, al formular esa expresión para transmitir la idea “la mesa está rota”, ha utilizado de forma “incorrecta” las reglas lingüísticas de nuestra lengua sobre concordancia de género. Pero nadie dirá que, por esa razón, esa expresión deviene en “inválida”. Exactamente lo mismo sucede cuando alguien entiende algo distinto a lo que se le ha querido decir. Sólo se dice que entendió “mal”, no que lo hizo en forma inválida. Si esa es la consecuencia de transgredir las reglas semánticas y sintácticas de una lengua determinada (calificar el acto como un “error”), entonces no se llega a entender por qué si en el lenguaje natural dichas reglas lingüísticas operan tan sólo en el ámbito de la corrección, en el lenguaje jurídico tendrían que operar automáticamente en el de la validez tal como sostiene Cuenca. Esta objeción, de apariencia superficial, se refuerza si es que se toma en cuenta que, según las pautas del propio positivismo jurídico, el

Derecho es un sistema artificial, puesto o creado por los seres humanos<sup>248</sup>, donde la reglas que lo componen, para existir, tienen que haber sido expresamente creadas o producidas según los mecanismos de producción normativa o, en última instancia, tienen que encontrar apoyo en una práctica social de seguimiento (tesis de las fuentes sociales del Derecho)<sup>249</sup>. En tal sentido, no parece ser suficiente con argumentar que el sentido literal del lenguaje natural constituye una dimensión material de “racionalidad” exigida por la concepción sistemática y funcional del Derecho, para sostener que el mismo automáticamente se transforma en una regla material de validez del ordenamiento jurídico.

Es más, creo que Cuenca estaría de acuerdo con esto ya que, en otro momento, sostiene que “la admisión de criterios materiales de validez [papel que cumple el sentido literal en la posición de Cuenca] (...) no tiene por qué enfrentarse a la tesis del origen de las normas en actos de voluntad o en fuentes sociales siempre y cuando se afirme que los contenidos relevantes a estos efectos son exclusivamente aquellos integrados en el sistema por mediación de la voluntad de la autoridad competente (o, en otros términos, de la fuente social pertinente) y, en última instancia, aquellos que resulten eficaces (o, en otras palabras, aquellos sobre los que converja una práctica social común de seguimiento)”<sup>250</sup>. Es decir, siguiendo la lógica positivista defendida por la misma autora, hay que reconocer que para que las reglas lingüísticas señaladas constituyan un límite jurídico-material a la validez de los enunciados interpretativos judiciales, tendría que haber alguna regla creada por la autoridad competente que así lo establezca o, al menos, tendría que existir una práctica social de seguimiento que así lo disponga. Y, si bien es cierto que la presencia de una regla como la señalada es contingente a los ordenamientos jurídicos (puede existir, como puede no existir), también lo es que en caso de existir (algo que, por cierto, no demuestra Cuenca): (i) tan sólo sería un enunciado jurídico y, como tal, estaría sujeto a la discreción fuerte de los jueces que tendrán que determinar cuál es el mandato que supuestamente contiene y, en última instancia, si se someten o no al mismo; y (ii), sobre todo, en caso de incumplimiento de la misma, tal como se dijo al finalizar el punto 4.1, todo parece indicar que, al contrario

---

<sup>248</sup> Como dice Ferrajoli: “(...), considero que precisamente el planteamiento iuspositivista pone de relieve el carácter “positivo”, es decir artificial, del derecho moderno, y permite reconocerlo como un producto de las elecciones ético-políticas del legislador, tanto ordinario como constitucional, así como de aquellas realizadas por los jueces y todos los demás operadores jurídicos” (Ferrajoli, Luigi. “Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”. En: *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*. Gerardo Pisarello y Ricardo García Manrique (editores). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, p. 173).

<sup>249</sup> La tesis de las fuentes sociales del Derecho junto con la de la discrecionalidad judicial y de la separación conceptual entre Derecho y Moral, son las tres tesis características del positivismo jurídico anglosajón. Al respecto, véase: Hart, H. L. A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”. Traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo. En: *Sistema*, N° 36, 1980, pp. 3-18.

<sup>250</sup> Cuenca Gómez, Patricia. “Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica”..., p. 215.

de lo que opina Cuenca, existe la práctica común de seguimiento de los fallos judiciales definitivos al margen de si son racionales o no.

Expliquemos un poco más lo dicho. Según el positivismo, para que el sentido literal se constituya en un límite material al poder discrecional del juez, tendría que existir dentro del Derecho con la condición de norma jurídica. La cuestión está en saber si esa norma existe con carácter previo a la actividad judicial o si, por el contrario, como consecuencia de ésta. Si es lo primero, entonces sería un criterio normativo ex-ante pero, si es lo segundo, sería un criterio normativo ex-post. Pues bien, lo que se está tratando de decir es que si se sostiene que ese criterio existe como producto de una autoridad competente distinta del juez (la única manera en que podría ser un límite cognitivo para éste), el mismo tan sólo sería un “enunciado normativo” que, para convertirse en “norma jurídica”, requerirá de un acto interpretativo realizado por la autoridad judicial correspondiente a los efectos de determinar su significado. Y si ello es así, el carácter jurídico de regla material de validez del sentido literal, al final, dependerá de lo que el juez respectivo decida discrecionalmente en relación con el enunciado jurídico que supuestamente la contiene... salvo, claro está, que se afirme que existe otro criterio también cognitivo que, a su vez, limita la discreción fuerte que tiene el juez para decidir cuál es el significado del texto normativo que establece al sentido literal como criterio cognitivo y, por supuesto, ello sería un caso de regreso al infinito (ese otro criterio también sería interpretable). Consecuentemente, la propia existencia del sentido literal de los textos normativos como criterio normativo cognitivo de validez material, al final, dependerá de un acto de la voluntad realizado por el juez correspondiente. En ese sentido, ya no sólo es dudoso que exista una regla positiva que imponga la obligación a los jueces de ceñirse, al menos, al sentido literal de los enunciados jurídicos, sino que además, en caso de existir, resulta que su aplicación efectiva, como cualquier otra regla del sistema, también estará mediatizada por los poderes interpretativos de los jueces y tribunales. No parece ser, entonces, que el sentido literal se transforme en ese elemento cognitivo que estará presente en todo acto interpretativo.

Pero no sólo eso, asumiendo que su existencia dentro del Derecho no depende de un acto discrecional del juez, aparece el problema de su incumplimiento. Y es que para ser un límite “real” al poder discrecional de éste, no basta con argumentar que su no cumplimiento lógicamente conlleva la invalidez del acto judicial correspondiente. En mi opinión, además hay que demostrar que de hecho ello sucede de esa manera, es decir, se tiene que demostrar que no es posible que se presente una sentencia inválida pero que de todas maneras se cumpla. Sin embargo, Cuenca piensa lo contrario: “El rasgo de la mínima determinación del Derecho supone que los enunciados jurídicos poseen un

significado preexistente, (...). Y las eventuales equivocaciones dan lugar a decisiones (...), que deben contemplarse, según un uso coherente de la noción sistemática de validez que venimos manejando, como decisiones inválidas. Esta conclusión no cambia cuando nos encontramos ante decisiones definitivas. También los intérpretes últimos tienen el deber de respetar el mínimo significado determinado de los enunciados jurídicos y cuando lo dejan de lado emiten decisiones que no se adecuan desde un punto de vista objetivo al contenido del Derecho aplicable. Que este deber en ocasiones no se cumpla y que, finalmente, no pueda ser internamente garantizado no implica que no exista”<sup>251</sup>. Es decir, para Cuenca las sentencias contra-literales, así hubieran sido emitidas por el último órgano judicial, por lógica siempre son inválidas y ello a pesar de que, de hecho, no exista –ni pueda existir– la garantía correspondiente que asegure, en la praxis, que la misma no subsista ni, por tanto, se ejecute. Para ella, que no exista la garantía de “anulación” no supone que no exista la norma jurídica que impone el deber al juez de someterse, al menos, al sentido literal de los enunciados jurídicos. Desafortunadamente, frente al posible incumplimiento de semejante “obligación”, no existe la práctica social correspondiente, como quisiera Cuenca, que sustente el trato de “inválidas” que ella otorga a las sentencias “irracionales”. Por el contrario, como se dijo al final del punto 4.1, la premisa común bajo la que actúan los juristas es considerar que todas las sentencias que son inmodificables, inapelables o definitivas, sea cual sea su contenido, siempre vienen a ser el Derecho que válidamente se cumple o se hace cumplir. En ese sentido, no parece ser que las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje natural cumplan el papel, dentro del Derecho, de criterios materiales-rationales mínimos que sirvan para evaluar la validez de las actuaciones judiciales.

Por lo demás, y ya para terminar, habría que añadir que la noción de validez que subyace a esta posición, tal como se señaló en el punto 4.1, tampoco parece ser muy coherente con la concepción sistemática y funcional del Derecho defendida por la autora. Efectivamente, como se ha visto, para adecuar el concepto de validez a esta concepción, ella termina diciendo que no todo fallo del último órgano judicial es válido. Si ello es así, entonces tendrá que aceptar también que es muy posible que en los hechos exista un pronunciamiento inválido pero irrevocable a la vez, con lo cual tendrá que aceptar también que la idea de sistema que defiende es una que acepta que se presenten decisiones judiciales “inválidas” pero que, al ser irrevocables, serán ejecutadas o impuestas incluso coactivamente. Es decir, en las coordenadas de la tesis de la determinación mínima, se da la contradicción lógica –que el propio sistema acepta habría que añadir– de tener un fallo que teóricamente no tendría valor alguno (por ser inválido) pero que igual es impuesto por los órganos de justicia correspondientes (en

---

<sup>251</sup> Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, p. 512.

tanto es ejecutable). Pues bien, si el Derecho es un “sistema” de “control social” como lo presenta Cuenca, entonces requiere de conceptos que sean coherentes entre sí y que, al ser ejecutados, se cumplan en la praxis. Las ideas de validez y de definitividad, entonces, no pueden ir disociadas. Porque, nada más incoherente que afirmar que una sentencia, a pesar de ser inválida, debe ser cumplida por ser definitiva (recuérdese que incluso los jueces tienen el poder de imponer sus fallos por la fuerza). Y, por supuesto, nada más ineficaz para el Derecho que sostener que sus criterios de validez “material” que, por definición, son los que buscan imponerse en la praxis como modelos de conducta, puede que nunca se conviertan en realidad o, en todo caso, que ello depende de que los jueces así lo quieran.

#### **4.2.3 Críticas a las críticas efectuadas contra el realismo jurídico: la supervivencia de la concepción escéptica de la interpretación jurídica y la configuración de los jueces en un real “Poder Judicial”.**

Dado que ni las tesis cognitivas ni las tesis intermedia y de la determinación mínima cumplen con sus objetivos, en este punto se va a sostener que la mejor explicación sobre lo que, de hecho, hacen o pueden hacer los jueces continúa siendo la tesis escéptica estudiada en el punto 3.1. Para ello, se van a estudiar y refutar las críticas que se han hecho a esta posición. Al final, se va a sostener que, con algunos “ajustes”, todavía es posible sostener que, tal como señala el escepticismo, la interpretación judicial constituye un acto puro de la voluntad y, por tanto, que los jueces, al momento de asignar un significado a los enunciados normativos, siempre actúan con discreción fuerte.

Como se dijo al final del punto 3.1, la tesis escéptica manejada por el realismo estadounidense fue seriamente cuestionada por Hart y por autores desde dentro del propio realismo (Ross) que resaltaron las supuestas “incongruencias internas” en que incurría la misma (no sería coherente con sus propios postulados y, como tal, terminaría aceptando lo que, según sus premisas, debería negar). Así, en primer lugar, se dirá que si las reglas sólo existen después de haber sido recogidas por los jueces ¿cómo se explica la creación y competencias de los mismos? Por ejemplo, frente a la afirmación extrema del realismo de Jerome Frank de que el Derecho consiste simplemente en las decisiones de los tribunales y, subsidiariamente, en las predicciones de ellas (es decir, no hay reglas *ex ante*)<sup>252</sup>, Hart dirá: “Expresada de forma general, tanto respecto de las reglas secundarias como de las primarias, es por cierto una pretensión completamente incoherente; porque la afirmación de que hay decisiones de los tribunales no puede ser

<sup>252</sup> Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho...*, p. 170 y Hierro, Liborio L. *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho...*, p. 114.

consistentemente combinada con la posición que, en forma absoluta, niega que hay reglas. Esto es así porque, (...), la existencia de un tribunal implica la existencia de reglas secundarias que confieren potestad jurisdiccional a una sucesión cambiante de individuos y, con ello, autoridad a sus decisiones”<sup>253</sup>.

Vale decir, de acuerdo con esta objeción, sería incoherente afirmar que antes de las sentencias no hay Derecho ya que, por lo menos, hay que reconocer que la existencia de los propios jueces se debe a reglas jurídicas preexistentes que primero los crean, luego les atribuyen competencias y, finalmente, les otorgan la autoridad correspondiente para imponer lo que decidan (incluyendo la autoridad final o última); reglas formales, habría que añadir, que forzosamente tendrán que ser mínimamente determinadas. Como dice Cuenca, “la propia apelación a las decisiones de los jueces u otros funcionarios encargados de resolver los conflictos jurídicos presupone la existencia de reglas formales relativamente determinadas que les atribuyen tal competencia”<sup>254</sup>. En mi opinión, éste es un argumento fuerte y difícilmente rebatible<sup>255</sup>. No obstante, la tesis realista se puede mantener si es que se centra en negar la existencia de reglas primarias y, a la vez, en afirmar que los jueces, luego de creados por el Derecho (con competencias y atribuciones), ya no encuentran ningún límite normativo ni siquiera en los que supuestamente vendrían impuestos por las reglas secundarias de adjudicación (no es difícil encontrar ejemplos en los que un juez se atribuye competencias que no le corresponden según las normas preexistentes de competencia). Esta tesis se refuerza si es que se combina con el argumento del “último” órgano judicial para administrar justicia: ¿cómo afirmar que el Derecho le es obligatorio si sus fallos, sean en el sentido que sean, siempre serán jurídicamente válidos? Hart, reconociendo esta posible variante del argumento, presentará tres objeciones, basadas en el “punto de vista interno” o de los propios jueces, para refutar la afirmación de que las reglas no suponen absolutamente nada para éstos. Dicho en otros términos, dirá que el escepticismo no es tan “realista” como se propone porque, en verdad, no reflejaría el comportamiento normal y la actitud real de los jueces frente a las reglas preexistentes.

---

<sup>253</sup> Hart, H. L. A. *El concepto de derecho...*, p. 170. En el mismo sentido, Hierro, Liborio L. *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho...*, p. 114.

<sup>254</sup> Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, p. 385.

<sup>255</sup> Aunque tampoco se debe perder de vista que la existencia de esas reglas secundarias, en última instancia, también dependerá de un acto de la voluntad. Y es que, según la propia lógica de Hart, la validez de esas reglas secundarias, al final, descansará en un hecho social: la regla de reconocimiento. Y si ello es así, entonces habría que aceptar que la validez de las mismas depende de lo que consideran como obligatorio los propios operadores jurídicos en especial los jueces. Vista así la objeción, resulta que la misma descansa en un razonamiento “circular”: la existencia de jueces presupone la existencia previa de reglas secundarias pero, a su vez, la existencia de éstas presupone la existencia previa de jueces. Sin duda, esto pone en cuestión la consistencia lógica de la mencionada objeción (Cfr. Ruiz Manero, Juan. *Jurisdicción y normas: dos estudios sobre función judicial y teoría del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 124-134).



En primer lugar, Hart sostendrá que el Derecho, al igual que las promesas, se cumple porque hay una regla preexistente que obliga a ello (regla cuya existencia se comprueba si es que se adopta el punto de vista interno) y no porque sea habitual cumplir con el mismo. Es decir, que las reglas tengan textura abierta no supone afirmar que no existe una regla que, precisamente, obliga a cumplir con las reglas (la regla de reconocimiento)<sup>256</sup>. En segundo lugar, reconocerá que es posible que los jueces tomen sus decisiones en función de intuiciones, “pálpitos”, presentimientos, etc., para luego acomodar sus decisiones a las reglas que, a su criterio, se parezcan más al caso que tiene entre sus manos, denotando de esta forma que nunca consideraron dichas reglas como jurídicamente obligatorias; pero, también afirmará que, desde el punto de vista interno, es necesario reconocer que muchos jueces consideran a las reglas que citan en sus resoluciones, no como coartadas para ocultar su total discreción, sino como reglas realmente obligatorias o vinculantes para ellos<sup>257</sup>. Finalmente, en lo que se refiere a la afirmación realista de que “las reglas son la predicción de las decisiones de los tribunales”, Hart dirá que los enunciados de Derecho hechos por los propios jueces en sus resoluciones: “(...) tienen que ser la formulación de reglas auténticamente consideradas por los tribunales, desde el punto de vista interno, como criterio o pauta de decisión correcta. (...) los tribunales consideran a las reglas jurídicas no como predicciones, sino como criterios o pautas a seguir, que son lo suficientemente determinados, a pesar de su textura abierta, como para limitar, aunque no para excluir, su discreción”<sup>258</sup>. En resumen, queda claro que, para Hart, los propios jueces consideran que las reglas juegan un papel central al momento de realizar su función de resolver controversias. Ellos, pues, no las consideran como simples predicciones que pueden, si quieren, no cumplir<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> Hart, textualmente, señala lo siguiente: “Argumentar de esta manera es pasar por alto lo que las reglas efectivamente son en cualquier esfera de la vida real. Sugiere que no hallamos ante el siguiente dilema: O las reglas son lo que serían en el paraíso del formalista y ellas sujetan como cadenas; o bien no hay reglas, sino únicamente decisiones predecibles o tipos de acción predecibles. Este, (...), es un dilema claramente falso. Prometemos visitar a un amigo al día siguiente. Cuando llega ese día resulta que cumplir la promesa nos obligaría a desatender a una persona seriamente enferma. El hecho de que esto se acepte como una razón adecuada para no cumplir lo prometido no significa por cierto que no hay ninguna regla que obligue a cumplir las promesas, y que sólo hay una cierta regularidad en el cumplimiento de ellas. Del hecho de que tales reglas tengan excepciones no susceptibles de un enunciado exhaustivo, no se sigue que en todos los supuestos quedamos librados a nuestra discreción y que nunca nos hallamos obligados a cumplir una promesa. Una regla que concluye con la expresión “a menos que...” sigue siendo una regla” (Hart, H. L. A. *El concepto de derecho...*, pp. 173-174).

<sup>257</sup> Para Hart, la mayoría de las decisiones judiciales “(...), son obtenidas mediante el esfuerzo genuino para ajustarse a reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de decisiones o, si se llega a éstas en forma intuitiva, se hallan justificadas por reglas que el juez estaba de antemano dispuesto a observar, y cuya relevancia para el caso ocurrente es generalmente reconocida” (Ibid., p. 175).

<sup>258</sup> Ibid., pp. 182-183.

<sup>259</sup> Cuenca formula esta objeción, que ella comparte, en los siguientes términos: “la observación de la práctica jurídica revela que en el universo del Derecho sucede, más bien, todo lo contrario: los jueces, y el resto de las autoridades jurídicas, reconocen una obligación de desarrollar su actuación dentro del marco de las normas jurídicas vigentes, esto es, sienten como relevantes las reglas jurídicas en la adopción de

En mi opinión, estas razones que da Hart son discutibles. Y es que habría que preguntarse si a los efectos de la descripción correcta del Derecho, asumir el punto de vista interno es la mejor opción. No debe olvidarse que, como se dijo en el punto 4.1, “una cosa es lo que los jueces dicen hacer y otra bien diferente lo que realmente hacen”. Debe tenerse en cuenta que si atendemos a lo que los jueces dicen hacer al momento de resolver controversias, en verdad, entonces habría que negar la propia tesis de la discreción judicial ya que no existe juez que admita que, en el ejercicio de sus funciones, crea Derecho. A mi juicio, no hay una razón para rechazar una descripción basada tanto en el “punto de vista externo” como en el “punto de vista interno”, a condición de que se haga claramente la distinción. El problema aparece cuando, desde ambos puntos de vista, se llegan a conclusiones diferentes. En estos casos, ¿cuál de los dos debe prevalecer?

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano, en su sentencia del 3 de septiembre de 2007, recaída en el expediente 01078-2007-PA/TC, ordenó al Jurado Nacional de Elecciones del Perú (JNE) convocar a referéndum para decidir si procede o no la devolución de las contribuciones hechas por los trabajadores al Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI), a pesar de que el artículo 32° de la Constitución prohíbe someter a referéndum normas de carácter tributario (y las contribuciones, según la doctrina tributaria y el propio Código Tributario peruano, son tributos). Asimismo, en su sentencia del 6 de abril de 2004, recaída en el expediente 2366-2003-AA/TC, dispuso que las resoluciones del JNE en materia electoral son susceptibles de impugnación en sede judicial, a pesar de que los artículos 142° y 181° de la Constitución señalan lo contrario, es decir, que las resoluciones de dicho ente no son impugnables en sede judicial. Exactamente hizo lo mismo en su sentencia del 7 de noviembre de 2002, recaída en el expediente 2409-2002-AA/TC, en el que estableció que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura del Perú son revisables en sede judicial, aun cuando el artículo 142° de la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de Jueces. Y los ejemplos se pueden seguir enumerando.

Pues bien, si se hace una descripción de la actividad del TC peruano, usando el punto de vista externo, se tiene que llegar a la conclusión que el texto literal de la Constitución realmente no supone para él ningún límite material o formal. Sin embargo, si nos atenemos al punto de vista interno, se llega a la conclusión opuesta: en todos los casos citados, el TC justificó su fallo alegando que las normas de la Constitución que

---

sus decisiones” (Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, pp. 386-387).

reconocen “derechos fundamentales” lo obligaban a fallar de esa manera. Es decir, según el TC, falló de la manera en que lo hizo porque estaba sometido a la Constitución y ésta le decía que resuelva de esa manera. En este caso, ¿cómo se valora la disputa?, ¿a cuál se le da más valor? El propio Hart, en su *Postscriptum*, dio cuenta de este problema: “Pero, de hecho, no hay nada que impida a un observador externo, dentro del proyecto de una jurisprudencia descriptiva (...), describir la manera como los participantes ven el Derecho desde una perspectiva interna. Por el contrario, explico en este libro, (...), que los participantes manifiestan su punto de vista interno al aceptar que el Derecho suministra guías para su conducta y parámetros de crítica. Desde luego, un teórico descriptivo del Derecho no comparte él mismo la aceptación de los participantes, pero puede y debe describirla, como en efecto he intentado hacerlo. (...); pero esto no equivale a compartir o suscribir el punto de vista interno del participante ni a renunciar en manera alguna a su posición descriptiva”<sup>260</sup>. Si nos ceñimos a esta opinión, tenemos que concluir que la Ciencia del Derecho debe dar cuenta de los dos puntos de vista pero debe privilegiar el punto de vista externo. Sin embargo, cuando Hart utiliza el punto de vista interno para rechazar la tesis realista de que las normas son predicciones del fallo del juez, sí parece “compartir” o “suscribir” la aceptación de los jueces –los “participantes”– de que las normas para ellos no son simples predicciones sino reales “guías de conducta”. En mi opinión, esto es contradictorio.

Finalmente, para hacer frente al argumento realista del “último” órgano judicial, Hart distingue entre “definitividad” e “infalibilidad” de las decisiones judiciales. Primero analiza la ambigüedad de la frase “el derecho (la constitución) es lo que los tribunales dicen que es”, para lo cual recurre al ejemplo del tanteador (el que lleva las anotaciones), el score (el número de anotaciones convertidas) y la “regla de tanteo” (el criterio para contabilizar las anotaciones, por ejemplo: un gol = una anotación). De este ejemplo concluye que de la frase “el score es lo que el tanteador dice que es” (similar a la frase: “la constitución es lo que los tribunales dicen que es”) no puede deducirse la frase “no existe ninguna regla que vincule al tanteador” ya que éste siempre estará vinculado por la “regla de tanteo”. Y es que, para Hart, de la mencionada frase sólo puede deducirse que “el score que emite el tanteador es indiscutible”<sup>261</sup>. Así, para este autor, los enunciados del tanteador siempre son aplicaciones de la “regla de tanteo”, al igual que los enunciados que sobre las anotaciones hacen los jugadores, con la única diferencia que la aplicación de la “regla de tanteo” hecha por el tanteador es definitiva (indiscutible). Con esto, Hart quiere demostrar que la “regla de tanteo” existe y que, además, es obligatoria para el tanteador. Por analogía, según Hart, la proposición “el derecho es lo que el juez dice que es” tan sólo es una regla que dice que la aplicación

<sup>260</sup> Hart, H. L. A. “*Postscriptum*”..., p. 95.

<sup>261</sup> Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*..., p. 177.

del Derecho por el juez es definitiva, pero no dice que no exista el Derecho (la regla de tanteo) o que el Derecho sea el juez<sup>262</sup>.

Ahora bien, luego de demostrar que la “regla de tanteo” existe, constata que la misma, al igual que cualquier otra regla, tiene un núcleo de certeza y un área de incertidumbre. Para Hart, es de la primera de la que “(...) el tanteador no es libre de apartarse, y él constituye el criterio de tanteo correcto e incorrecto: (...). Esto es lo que hace que sea verdad decir que las decisiones del tanteador, aunque definitivas, no son infalibles. Lo mismo ocurre en el caso del derecho”<sup>263</sup>. De esto se deduce que, para este autor, el núcleo de certeza se constituye en un claro límite para la discreción judicial... pero para determinar su corrección. ¿Y su validez qué? Cuando este autor lleva estas consideraciones al estudio del Derecho reconoce que la no infalibilidad de las resoluciones del órgano judicial que tiene la última palabra, no tiene ningún efecto en lo que se refiere a la validez jurídica de las mismas. Es decir, podrán ser incorrectas pero siguen siendo válidas y, por tanto, existentes. En palabras del propio Hart: “Decir que en un momento dado hay una regla que exige que los jueces acepten como derecho las leyes del Parlamento o las del Congreso implica, primero, que existe acatamiento general a esa exigencia y que los jueces, individualmente considerados, rara vez se apartan de ella o la desconocen; en segundo lugar, implica que cuando tal desviación o desconocimiento individual ocurre, o si ocurriera, es o sería tratado por una gran mayoría como algo seriamente criticable e incorrecto, aun cuando la regla que acuerda carácter definitivo a las decisiones hiciera imposible revisar la decisión del caso particular, salvo mediante una ley que admite la validez de una decisión tal, aunque no su corrección”<sup>264</sup>.

En mi opinión, esta objeción no llega a levantar el planteamiento realista. Y es que ¿cómo puede afirmarse que el Derecho es obligatorio para un Juez, jurídicamente hablando, si el no cumplimiento incluso de la zona de certeza no trae consigo la declaratoria de anulación o de “invalidez”? ¿qué tipo de obligación jurídica es esa cuyo incumplimiento no supone absolutamente nada en términos jurídicos?, ¿es un auto-límite?, ¿no será acaso una obligación política o una exigencia moral o de corrección y, por tanto, nos estamos moviendo en el ámbito de la legitimidad? En todo caso, si es un límite, en verdad, es bastante “débil” ya que los jueces al enfrentarse con el mismo siempre juegan a ganador: basta con que digan que su resolución se basa en la Constitución y las Leyes. ¿Qué límite es ese que puede ser sorteado tan fácilmente? Por tanto, a efectos de identificar el derecho existente, la distinción entre “definitividad” e

---

<sup>262</sup> Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho...*, pp. 178-179.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 182.

“infalibilidad” es irrelevante. No tiene ningún efecto jurídico. Como el mismo Hart reconoce, cualquier interpretación que haga el órgano judicial que dice la última palabra, siempre será Derecho válido.

La teoría escéptica de la interpretación ha sido cuestionada también por otros autores positivistas que no están de acuerdo con el planteamiento realista de que el lenguaje natural, a través del cual se expresa el Derecho, admite una gama ilimitada de interpretaciones y, por tanto, que el juez (o el intérprete) es completamente libre al momento de realizar la labor interpretativa. Así, por ejemplo, Rafael de Asís dirá que: “El sometimiento al Derecho implica en todo caso, manejar una concepción del Derecho como sistema de normas mínimamente determinado. En efecto, esta exigencia viene de la mano del respeto al principio de publicidad y de claridad. El principio de publicidad, como exigencia de manifestar las normas, sólo tiene sentido cuando se presume que estas dicen algo. Y algo similar ocurre con la exigencia de claridad. Pensar en la inexistencia de límites a la hora de atribuir significado a un precepto, esto es, en que los enunciados no nos dicen nada, haciendo descansar la validez de la decisión interpretativa única y exclusivamente en la competencia del intérprete, supone en definitiva afirmar la irrelevancia de los enunciados y las normas y de su publicidad. Otra cosa es afirmar que un mismo enunciado puede tener varios significados y que el válido es el adoptado por el órgano competente. La misma señalización de la posibilidad de varios significados implica el descarte de otros bien porque se enfrentan a los límites del lenguaje jurídico, bien porque se enfrentan finalmente a los límites del lenguaje natural”<sup>265</sup>.

En mi opinión, ésta es una crítica seria pero no imposible de rebatir. En efecto, afirmar que un juez puede asignar, como posibilidad siempre presente, cualquier significado a un enunciado jurídico (incluso, uno contra-literal), a mi juicio, no supone afirmar también la irrelevancia de los enunciados jurídicos o de sus exigencias de claridad y publicidad. Como explica Ezquiaga, disposiciones normativas claramente formuladas y adecuadamente difundidas, son algunas de las condiciones que favorecen la cognoscibilidad de las normas jurídicas (entendidas éstas como el producto de la decisión interpretativa del juez) y, por ende, la previsibilidad de las decisiones judiciales<sup>266</sup>. Dicho en otros términos, reconocer que las resoluciones de los tribunales de justicia, en especial de los de más alta jerarquía (Corte Suprema o Tribunal Constitucional), por muy absurdas que nos parezcan, siempre tienen validez jurídica, no implica negar la relevancia de los enunciados jurídicos o de su claridad y publicidad, sino tan sólo supone colocar a la misma en su correcta dimensión: sirven como criterios

<sup>265</sup> Asís Roig, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho...*, p. 60.

<sup>266</sup> Cfr. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. Op. Cit., pp. 221-222.

para evaluar las probables consecuencias de un determinado acto o conducta pero jamás para llegar a tener la certeza plena de lo que el juez finalmente decidirá. Es decir, un enunciado normativo claramente formulado y adecuadamente difundido (y, por tanto, fácilmente interpretable), es muy probable que sea seguido por el juez correspondiente, no porque esté “obligado” a hacer eso (en términos de validez, no pasa nada si no lo hace), sino porque así él lo decide (sigue siendo, entonces, un acto de la voluntad plegarse al sentido fácilmente interpretable de un texto normativo). No se puede prever totalmente qué es lo que decidirá un juez pero se pueden añadir elementos que ayuden a predecir, como probabilidad, el sentido de un determinado fallo judicial: las exigencias de claridad y publicidad de los enunciados jurídicos apuntan en esa dirección. El realismo jurídico, pues, también subsiste a esta objeción.

Es conveniente reiterar que, tal como se dijo al criticar el planteamiento defendido por Cuenca (véase el punto 4.2.2), de aceptar que el lenguaje natural, que es por donde se manifiesta el lenguaje jurídico, no es totalmente indeterminado, no sigue que el juez no posee de hecho un poder ilimitado. Ello es así porque, más allá de la negada posible existencia de una regla que les imponga a los jueces la obligación de respetar al menos el sentido mínimamente determinado de los textos normativos, dada la posición institucional que éstos ocupan, siempre cabe la posibilidad de que “hagan decir al Derecho aquello que mínimamente no podrían decir”. En otras palabras, de la determinación mínima no se sigue la limitación mínima. Para afirmar ello, falta un paso más: demostrar que no pueden existir, o mejor aún que no existen, sentencias definitivas inválidas. Pero, tal como se dijo en el punto 4.1, esto no se condice con lo que sucede en la praxis ya que, ahí, lo judicialmente definitivo siempre es tratado por los operadores jurídicos, y por la ciudadanía en general, como si fuera válido. En tal sentido, si un juez interpreta que donde dice “y” realmente dice “o” y, por la posición que ocupa en la jerarquía judicial, éste tiene el poder para imponer esa interpretación claramente descabellada, entonces no cabe más que aceptar que la misma es válida. Incluso, podría darse el caso de que esa interpretación “contra-gramatical” cuente con la anuencia de la población (si es que, por ejemplo, se entiende que con eso se repara una situación injusta) y, como tal, además de ser válida sería socialmente legítima<sup>267</sup>.

Finalmente, una última objeción al escepticismo interpretativo debe ser tomada en cuenta. Para Cuenca, asumir que los enunciados jurídicos son absolutamente indeterminados, haría inviable ver al Derecho, como hacen los realistas, como un “medio solucionador de conflictos”. Y es que, para ella, “un escepticismo semántico coherente tendría que admitir que, si no se puede conocer el significado de la ley,

---

<sup>267</sup> Sobre la legitimidad de las resoluciones judicial trata la siguiente parte de la presente investigación.

tampoco se puede conocer el significado de las sentencias (...) puesto que éstas constituyen también un conjunto de enunciados que deben, a su vez, ser interpretados”<sup>268</sup>. Según esta lógica, no sería posible asumir que el Derecho es un mecanismo de solución de controversias porque, al final, la sentencia también sería pasible de ser interpretada. Y, por supuesto, ello haría que no exista certeza sobre cuál es la solución que resuelve la controversia. Pues bien, es evidente que las sentencias, al estar formuladas según las pautas del lenguaje natural, también pueden ser interpretadas. La pregunta en este caso es ¿por quién? Si Cuenca se refiere a las partes del conflicto, eso es claramente irrelevante ya que, al final, ellos harán lo que el juez les diga que hagan y es obvio que, ese juez, no se va a interpretar a sí mismo. Si se está refiriendo a otro juez, en este caso el encargado de ejecutar la sentencia definitiva, pues entonces, al final, será su voluntad la que se imponga y, por consiguiente, será lo que él decida lo que resolverá la controversia. En tal sentido, sea como fuere, siempre habrá un juez que, según su voluntad, resolverá en última instancia el conflicto de intereses correspondiente.

Por todo lo señalado en este punto, considero que el planteamiento realista sobre la interpretación, es el que mejor explica lo que en los hechos es la interpretación judicial. A mi juicio, es el único de todos los estudiados que da cuenta del poder real que tienen los jueces para interpretar libremente los textos normativos y, de esta forma, crear Derecho. Ahora bien, en mi opinión, es necesario añadir un matiz. El planteamiento realista estudiado pone el acento en el Derecho vigente y, como tal, se centra en estudiar la actividad de los funcionarios encargados de hacer cumplir las reglas de conducta impuestas a los ciudadanos: los jueces. De ello se sigue, como vimos, que para el realismo americano los jueces son los verdaderos legisladores y, por tanto, los únicos que crean Derecho. Pues bien, en mi opinión, no es difícil aceptar que realmente el Juez tiene la última palabra en torno a lo que es el Derecho válido. Sin embargo, ello no significa que aquellos actos o comportamientos realizados al amparo del texto de una Ley y que nunca han sido impugnados en sede judicial, no sean conformes al Derecho. Exactamente lo mismo se puede decir de aquella disposición normativa que, en los hechos, viene siendo aplicada por ejemplo por la administración pública pero que nunca ha sido impugnada en sede judicial. Lo que pasa es que los jueces tienen el poder de anular esos actos o comportamientos (y, como tal, de declararlos como antijurídicos) e, incluso, de inaplicar o anular una Ley si es que la consideran inconstitucional. Pero hasta que ello no ocurra, no cabe más que aceptar que esos actos o comportamientos son válidos y, por tanto, realizados al amparo del Derecho existente. Exactamente lo mismo se puede decir de la norma vigente no impugnada: es Derecho válido. Es por esta razón

---

<sup>268</sup> Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, p. 384.

que, por ejemplo, el artículo 204° de la Constitución peruana señala que no son retroactivas las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional una norma, lo cual invariablemente quiere decir que esa norma, mientras estuvo vigente, fue válida. En suma, es cierto que los jueces crean Derecho pero no es cierto que sean los únicos que crean Derecho.

Es más, lo señalado en el párrafo precedente, ayuda a poner de manifiesto un elemento de la función judicial que, desde el escepticismo, no ha sido lo suficientemente desarrollado. En efecto, aun cuando es irrefutable que el acto de juzgar constituye un acto puro de la voluntad (los jueces *siempre* actúan *sólo* con discreción fuerte), tampoco se debe olvidar que ese extraordinario “poder”, de hecho, opera siempre a pedido de parte y, por tanto, que los jueces y tribunales carecen del carácter autónomo y autodeterminado de la actividad parlamentaria o ejecutiva. Tal como resalta Andrés Ibáñez, el modo específico de actuación de la intervención judicial “se distingue por su carácter ocasional y fragmentario, y por el hecho de darse siempre en función de estímulos externos, y en ese sentido en dependencia de acciones u omisiones ajenas. Le falta así el carácter en cierto modo autónomo y potencialmente autodeterminado de la actividad política en sentido fuerte, así como toda idea de proyecto o plan. Es por eso una actividad política “intersticial”, en la medida en que se desarrolla en el espacio que dejan abiertos los otros poderes”<sup>269</sup>. Como se puede apreciar, este autor pone el énfasis en un rasgo de la función jurisdiccional que también es difícil de negar: los jueces no se pueden “auto-convocar”. Es decir, ellos solamente pueden actuar frente a un estímulo externo e independiente de ellos: la demanda en el ámbito civil o la denuncia en el penal<sup>270</sup>. Y si ello es así, entonces no cabe duda que los jueces no pueden abocarse a asuntos que no les han sido previamente planteados<sup>271</sup>. Es, pues, también un hecho que

<sup>269</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto y Claudio Movilla Alvarez. Op. Cit., p. 18.

<sup>270</sup> Como señala Calamandrei: “en nuestro ordenamiento jurídico, lo mismo que en los de todos los Estados civiles contemporáneos (...), la regla fundamental es que no se tiene jurisdicción sin acción; esto es, que la justicia no se mueve si no hay quien la solicita” (Calamandrei, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 2° edición, Vol. I, 1986, pp. 232-233). Para este autor, éste es el rasgo que distingue a la función judicial de las otras funciones del Estado: “Por este carácter que se podría llamar de necesaria indiferencia inicial (...) y en fuerza del cual la jurisdicción aparece siempre como función provocada por un sujeto agente, la misma se distingue de las otras funciones del Estado, la legislación y la administración, que se ejercitan normalmente de oficio. El Estado (...) no juzga, si no hay alguien que le pida que juzgue. De suerte que la acción aparece como condición indispensable para el ejercicio de la jurisdicción” (Ibid., p. 233).

<sup>271</sup> Como resalta Carnelutti, “un proceso (...) no se puede promover de oficio; el juez, a fin de promoverlo, debe ser solicitado por quien en ello tenga interés” (Carnelutti, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Valparaíso: Edeval, 2° edición en castellano, 1979, p. 39). En otro momento, al referirse a la iniciativa del proceso judicial, señaló lo siguiente: “Ya sabemos que el juez no juzga si no es requerido para ello. Corresponde a la parte dar el primer paso del procedimiento. La acción precede, en el tiempo a la jurisdicción” (Carnelutti, Francesco. *Derecho y proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 192).



los jueces no pueden auto-convocarse y, por ende, una descripción adecuada de la labor judicial tendría que dar cuenta también del mismo.

No obstante, en mi opinión, ello no es suficiente para negar la existencia de “Poder Judicial”. Y es que tampoco se puede negar que, cuando los jueces y tribunales están funcionando, sí constituyen un poder en todo el sentido de la palabra (en la medida que, al finalizar el proceso judicial, se impondrá la voluntad del juez, sea cual sea ésta). En todo caso, lo señalado por Andrés Ibáñez sirve para hacer una precisión: que haya “Poder Judicial” no significa que los otros poderes públicos han dejado de existir. Es decir, de haberse comprobado que sí existe “Poder Judicial”, no se puede concluir que éste es el único poder del Estado. Por esta razón, el mismo Troper (un autor marcadamente “realista”), al tratar el problema de la justicia constitucional, sostendrá que el Consejo Constitucional francés, aun cuando interviene en el proceso de formación de la Ley con un enorme poder discrecional, “nunca puede ser considerado como legislador único, pues no puede actuar de oficio y no puede imponer reglas por sí solo, sin que el Parlamento las haya debatido antes. Tan sólo es co-legislador”<sup>272</sup>. En tal sentido, está demostrado que los jueces, en el marco de las democracias contemporáneas, son un real Poder Judicial (no son ese “No Poder” presupuesto en la concepción tradicional de la democracia) pero, y este es un importante matiz, tampoco son el “único” Poder existente. Qué duda cabe que *siempre* actúan *sólo* con discreción fuerte, pero tampoco cabe duda que la voluntad del juez *sólo* se impone en el marco de un proceso judicial iniciado *a pedido de parte*. Éste es un dato empírico que desde el realismo interpretativo no puede ser ignorado y que, como se verá en la segunda parte, desarrollará un rol central a la hora abordar el problema de encontrar el criterio más adecuado para justificar –y legitimar– la labor eminentemente discrecional de jueces y tribunales; problema que será tratado a continuación.

---

<sup>272</sup> Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado...*, p. 318. Como se verá en el punto 2.3.2 de la segunda parte, este dato (además de entender a la interpretación como un acto puro de la voluntad) es el que le permite a Troper afirmar que, en el marco de los actuales Estados de derecho, el proceso de formación de la voluntad general (la ley) es un proceso complejo en el que participan órganos representativos (el Parlamento y el Ejecutivo) y órganos no representativos (los jueces).



## **PARTE II**

### **EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DE LA ACTUACIÓN DE LOS JUECES**

**(En el marco del Estado constitucional de Derecho)**

#### **1. Planteamiento del problema: legitimidad, obediencia y “poder judicial”.**

De lo señalado en la primera parte, queda claro que los jueces y tribunales jurídicamente pueden decidir válidamente lo que quieran. Ello es así porque, según se ha sostenido, no existen límites cognitivos de ningún tipo (ni siquiera “mínimos”) que condicionen la validez de la interpretación judicial. Esta siempre resulta ser un acto puro de la voluntad y, por tanto, los jueces y tribunales al cumplir con su función de resolver controversias *siempre* actúan *sólo* con discreción “en sentido fuerte”. Es decir, al no existir pautas o estándares normativos preexistentes al acto de juzgar (los supuestos límites cognitivos), los órganos jurisdiccionales siempre crearán la norma jurídica que, según su criterio, será la que resuelva el conflicto que ha sido sometido a su consideración. Así, pues, no cabe duda que, de hecho, resultan ser un poder jurídicamente ilimitado; esto es, un “Poder Judicial” en todo el sentido del término (imponen siempre su propia voluntad). Está demostrado, entonces, que los jueces y tribunales, de facto, no son ese “No Poder” presupuesto en la concepción tradicional de la democracia. Si, como se dijo en el punto 1 de la primera parte, ésta presupone un modelo de juez “boca muda”, es decir, un juez que resuelve conflictos o controversias pero aplicando la “Ley” democráticamente emitida (un juez, pues, siempre sometido al imperio del Derecho democráticamente producido); lo que en los hechos se presenta, por el contrario, es lo que Guarnieri y Pederzoli han llamado el juez “político”, es decir, un juez que al poseer alta discreción judicial y alta autonomía política, presenta también una alta capacidad de intervención en los asuntos públicos y, por tanto, de oponerse —e imponerle su voluntad— al poder político mayoritario de turno<sup>1</sup>. Consecuentemente, todo parece indicar que es incompatible la existencia de “Poder Judicial” (o de “un” Poder Judicial si se quiere) con una concepción de la democracia entendida como un sistema de gobierno en el cual las normas generales solamente pueden ser creadas por el pueblo o por sus representantes elegidos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 70. Estos mismos autores, al modelo de juez “boca muda”, lo denominan juez “ejecutor”, es decir, un modelo que, al combinar baja discreción judicial y con baja autonomía política, se presenta como “*ejecutor* fiel y pasivo de la voluntad del legislador” (la cursiva es de los autores) (Ibid., p. 67).

<sup>2</sup> Es por eso que Hierro dirá que, en el marco de la concepción sistemática de la función judicial, “el activismo judicial —sea que se revista académicamente como “creación judicial del Derecho”, “uso alternativo del Derecho”, “análisis económico del Derecho”, o “vinculación directa a la Constitución”— es antidemocrático” (Hierro, Liborio. *Estado de Derecho: problemas actuales...*, p. 56). Lo mismo dirá

Y si ello es así, entonces aparece la siguiente pregunta: ¿cómo justificar, en términos democráticos, un sistema donde los ciudadanos, cuando judicializan sus conflictos, realmente están sometidos a normas individuales que no son deducidas de leyes democráticas, sino de las interpretaciones hechas por los jueces, y a normas generales que no son adoptadas democráticamente, sino por los tribunales supremos a través de la interpretación? Es decir, ¿puede seguir llamándose democrático un sistema donde la última palabra sobre los asuntos más relevantes de la vida en sociedad, no la tiene la sociedad misma –ni sus representantes directos– sino unos individuos que tienen carácter “no representativo”? Dicho en otros términos, la cuestión ahora está en saber si, en el marco de una democracia, los jueces y tribunales cuentan o no con legitimidad, en términos político-democráticos, para hacer lo que realmente hacen –o pueden hacer– cuando han entrado en funcionamiento por medio de la demanda respectiva (o denuncia en el ámbito penal). Sin duda, la respuesta dependerá de la posición que sobre la democracia se maneje y, sobre todo, de los criterios que, en función de ello, se defiendan para tratar de justificar la presencia, en el seno de la democracia, de un cuerpo que cuando está operando actúa con un enorme poder discrecional que –a diferencia del Legislativo, por ejemplo– no proviene directamente del pueblo ni, mucho menos, es responsable frente al mismo (en la medida que, por lo general, no son elegidos a través de las reglas del sufragio universal). En otras palabras, tal como señala Troper, si se quiere mantener la tesis de la compatibilidad es necesario modificar la definición de democracia<sup>3</sup> o, en todo caso, aceptar que todo sistema que se llame a sí mismo “democrático” pero que, a la vez, instituye a los jueces y tribunales como “Poder Judicial” forzosamente presupone una concepción de la democracia muy alejada de la tradicional. Y, por supuesto, después de haber hecho eso, encontrar los argumentos más adecuados (si es que los hay) para tratar de justificar –y, por ende, legitimar– la labor eminentemente discrecional de jueces y tribunales.

Pues bien, eso es precisamente lo que se quiere hacer en esta parte de la presente investigación. Es decir, en las páginas que siguen, se va a estudiar: (i) cuál es el sentido de democracia compatible con la presencia de un órgano judicial que, dado el poder que tiene de decir la última palabra y sin más límites que los que le dicta su propia

---

Díez-Picazo: “Evidentemente no se quiere afirmar, (...), que la creación judicial del Derecho sea incompatible con la democracia; pero resulta, en todo caso, claro que no es compatible con un Estado democrático en el que el nombramiento de los Jueces y la provisión de los distintos órganos judiciales es totalmente independiente de los poderes públicos representativos” (Díez-Picazo, Luis María. *Régimen constitucional del Poder judicial*. Madrid: Civitas, 1991, p. 127). Lo que los dos autores quieren resaltar es que, según el planteamiento tradicional sobre la democracia, la creación judicial de Derecho sería incompatible con ésta porque, simplemente, supondría que unos órganos que no son representativos están creando Derecho.

<sup>3</sup> Cfr. Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”..., p. 220.

conciencia, puede hacer y decir lo que quiera (cuando está funcionando); y (ii), sobre todo, qué razones hay —o se han dado— para tratar de justificar y legitimar la actuación del mismo (si es que ello es posible, claro está). Dicho en otros términos, siguiendo la ruta trazada hacia la configuración de un modelo “real” de juez democrático, ya no se trata de saber si los jueces son o no un poder real (lo son) ni si tienen o no un poder jurídicamente ilimitado (lo tienen), el problema ahora está en saber cuándo o de qué forma está justificado que los jueces ejerzan ese extraordinario poder que *de facto* tienen, en el seno de una sociedad que se reconoce a sí misma como “democrática”. De esta forma, luego de haber demostrado (en la primera parte) el carácter incompatible de la presencia de jueces y tribunales con el sentido más básico y tradicional de la democracia (el simple gobierno de la mayoría directamente o por medio de representantes elegidos), en esta parte: se ubicará este problema en el marco de las concepciones más desarrolladas de la idea de “Estado de Derecho” y, por supuesto, se observará cuál es el sentido de “democracia” implícito en dicho modelo de organización estatal que, aun cuando le otorga amplios poderes discrecionales a los jueces y tribunales (como se verá en su momento), es mayoritariamente considerado como el paradigma “verdaderamente” democrático; y, en los puntos siguientes, dependiendo de la conclusión a la que se haya llegado en el acápite precedente, se estudiarán las razones dadas para tratar de legitimar el ejercicio discrecional, por parte de jueces y tribunales, de su función jurisdiccional. Al finalizar, se espera demostrar que, en el modelo de Estado constitucional de Derecho, fallan los criterios de legitimidad democrática “tradicionales” de la labor judicial y, como tal, que sólo se puede apostar por ciertas exigencias procesales básicas y por elementos “carismáticos” que generan confianza en la persona del juez.

Ahora bien, dado que en esta parte se va a tratar el problema de la legitimidad de la actuación discrecional (fuerte) de los jueces y tribunales, antes que nada, es necesario abordar brevemente un problema conceptual. Efectivamente, antes de determinar cuáles son los criterios de legitimidad que le asisten a los jueces y tribunales dentro del modelo de Estado constitucional de Derecho (y, por supuesto, cuál es el sentido de democracia implícito en el mismo), es necesario como paso previo definir qué se entiende —o qué se va a entender— por “legitimidad”. Es necesario hacer ello porque, en mi opinión, tener claro el sentido que adquiere este concepto en el ámbito de las relaciones de poder ayuda, primero, a delimitar claramente el problema que se va a tratar a continuación, segundo, a destacar la relevancia de un estudio sobre la legitimidad en el ámbito de las relaciones juez-ciudadanía y, sobre todo, a resaltar la cautela con la que se debe acometer la importante tarea destinada a fijar un criterio (o varios) que nos permita diferenciar claramente una actuación judicial legítima de una ilegítima. ¿Qué se entiende, entonces, por “legitimidad”?

A nivel doctrinal, es posible identificar dos acepciones del concepto legitimidad: una descriptiva y una prescriptiva. La primera, la descriptiva, es la manejada por Max Weber que, como se sabe, utilizó el término “legitimidad” para describir y explicar la razón más poderosa por la cual se produce una “relación de dominación”: el auto-sometimiento y/o la voluntad de obediencia de una persona a los mandatos emitidos por una determinada autoridad<sup>4</sup>. En efecto, Weber parte del concepto “orden legítimo”. Para él, un “orden”, es decir, un conjunto de relaciones sociales donde las acciones de los individuos se encuentran guiadas por determinadas “máximas” o “reglas”<sup>5</sup> (típicamente el Derecho), es legítimo si es que “(...) este guiarse realmente por esas máximas se produzca al menos también (es decir, en un nivel importante) porque esas máximas se consideran obligatorias (geltend) para la acción, es decir, vinculantes o ejemplares”<sup>6</sup>. Como él mismo dice en otro momento, un orden deviene en legítimo cuando los sometidos a ese orden sienten, a nivel interno, que dichas máximas o reglas tienen frente a ellos “carácter normativo”<sup>7</sup>.

Weber utiliza un ejemplo para explicar este fenómeno que, por su claridad, conviene reproducir: “(...) cuando un funcionario se presenta diariamente en su despacho a una hora fija, esto no sólo está generado por un hábito arraigado (costumbre), aunque también, ni sólo por un interés propio que él pudiera recrear o no a su arbitrio, aunque también; sino que, por regla general, está condicionado por la “legitimidad” del ordenamiento (el reglamento de trabajo) como un mandato, cuyo incumplimiento rechaza el funcionario no sólo porque le traería perjuicios sino que lo denigra por su “sentido del deber” desde la racionalidad que considera la acción en sí misma como un valor (aunque este sentido del deber pueda ser efectivo en muy diferente medida)”<sup>8</sup>. Como se puede apreciar, la legitimidad de un orden, según Weber, produce el “auto-

---

<sup>4</sup> Bobbio explica la definición puramente descriptiva de “legitimidad” que maneja Weber de la siguiente manera: “Weber no se planteó el problema de enlistar las diversas maneras con las cuales toda clase política ha buscado en todo tiempo justificar su poder, sino de ubicar y describir las formas históricas de poder legítimo, una vez definido el poder legítimo (...), diferente de la mera fuerza (...), como el poder que logra determinar el comportamiento de los miembros de un grupo social emitiendo mandatos que son obedecidos habitualmente en cuanto su contenido es tomado como máxima de la conducta” (Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Traducción de José F. Fernández Santillán. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 126). Del concepto descriptivo de legitimidad de Weber también da cuenta Elías Díaz: “(...) su propósito [el de Weber] es más bien describir lo que la gente, el grupo social, considera y ha considerado como legítimo y, a la vez, señalar cuál es el elemento más característico presente en esas fácticas tomas de posición (la creencia en la legitimidad)” (Díaz, Elías. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Debate, 1984, p. 46).

<sup>5</sup> “Llamamos “orden” al contenido de una relación social sólo cuando la acción se guía (por término medio o aproximadamente) por determinadas “máximas” (Weber, Max. *Conceptos sociológicos fundamentales*. Edición y traducción de Joaquín Abellán. Madrid: Alianza editorial, 2006, p. 115).

<sup>6</sup> Ibid., p. 115.

<sup>7</sup> Cfr. Ibid., p. 115.

<sup>8</sup> Ibid., pp. 114-115.

sometimiento” a ese orden en forma de “sentido del deber”. Se cumple el o los mandatos provenientes de ese orden no por temor a la posible coacción o por tener un interés de por medio (aunque también podría serlo), sino porque, en el fuero interno, se tiene la convicción de que se tiene “el deber” de cumplir con los mismos. Ello es así porque, tal como se deduce del párrafo precedente, dichos mandatos provienen de un orden al cual se le atribuye la condición de “legítimo” (porque el orden que me impone la acción es legítimo, entonces yo cumplo con mi deber de cumplir esa acción). Es decir, más allá de la posible coacción, los destinatarios de los mandatos sienten, en su interior, que tienen “el deber” de cumplir con esas máximas. Son para ellos, pues, normas obligatorias, “vinculantes o ejemplares”... y acá está la base de lo que Weber llama una “relación auténtica de autoridad” que, para él, sólo puede estar fundada en la creencia por parte del sumiso en la legitimidad de la autoridad correspondiente<sup>9</sup>.

En tal sentido, en la teoría de Weber, la legitimidad aparece como un concepto relacional aplicable a los vínculos de dominación y, como tal, sirve para explicar o describir por qué, en determinadas ocasiones, el “sumiso” tiene la voluntad de obedecer los mandatos del que manda (lo hace porque este último, ante sus ojos, es legítimo). La legitimidad, entonces, viene a ser el vínculo que liga al sumiso con la respectiva autoridad generando, en el primero, adhesión interna y obediencia y, en el segundo, a contrario sensu, motivos para exigir adhesión y obediencia<sup>10</sup>. Queda claro, entonces, que el concepto de “legitimidad” implica o presupone al de “obediencia”<sup>11</sup>. De esta forma, siguiendo a Weber, es posible afirmar que la legitimidad es la razón por la cual los destinatarios de los mandatos, en su fuero interno (el punto de vista interno del que hablaba H. L. A. Hart<sup>12</sup>), sienten que tienen la obligación de obedecer a la autoridad correspondiente.

Este sentido descriptivo del concepto legitimidad no es compartido por el profesor argentino Ernesto Garzón Valdés que, a diferencia de Weber, defiende una concepción prescriptiva sobre la “legitimidad”. Efectivamente, este autor, defiende una concepción valorativa de la “legitimidad” y, como tal, sólo acepta como legítimos aquellos comportamientos —o sistemas jurídicos— que son acordes con determinados principios éticos de justicia. Así, pues, desde esta perspectiva, sólo será legítimo aquel

<sup>9</sup> Cfr. Weber, Max. *Economía y sociedad*..., p. 170.

<sup>10</sup> En palabras de Bobbio, “el problema de la legitimidad está íntimamente vinculado al de la obligación política con base en el principio de que la obediencia se debe solamente al mandato del poder legítimo” (Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*..., p. 123).

<sup>11</sup> “Obediencia significa que la acción del que obedece transcurre como si el contenido del mandato se hubiera convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta; y eso únicamente en méritos de la relación formal de obediencia, sin tener en cuenta la propia opinión sobre el valor o desvalor del mandato como tal” (Weber, Max. *Economía y sociedad*..., p. 172).

<sup>12</sup> Sobre la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo, véase: Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*..., pp. 102-113.

pronunciamiento judicial que respete dichos valores morales que, según él, vienen a ser absolutos y universales. La clave del razonamiento de Garzón Valdés está en la distinción, por él propuesta, entre “legitimación” y “legitimidad”: “Para evitar estas confusiones semánticas conviene distinguir claramente entre legitimación, legitimidad (...). El concepto de legitimación es descriptivo y designa la aceptación del sistema por parte de sus miembros políticamente relevantes, quienes ven en sus normas y reglas pautas adecuadas de comportamiento. Adoptan frente al sistema aquello que Hart ha llamado “punto de vista interno”. En ese sentido, la legitimación es condición necesaria aunque no suficiente de la existencia de todo sistema político. La legitimidad, en cambio, es un concepto normativo que hace referencia a valores éticos, externos al sistema mismo. El respeto de estos valores permite decir que un determinado sistema S\* posee legitimidad. El concepto de legitimidad presupone el abandono del relativismo ético y la aceptación de “verdades morales” que no están sujetas a la contingencia del reconocimiento efectivo por parte de una sociedad. La legitimidad no es condición ni necesaria ni suficiente de la existencia de un sistema político”<sup>13</sup>.

Como se puede apreciar, para este autor, la legitimación viene a ser un dato fáctico y, por tanto, representa un juicio de hecho o descriptivo sobre el sistema: es simplemente la adhesión mayoritaria o total al sistema, nada más. Es explicar que, en el plano interno, los destinatarios de los mandatos emitidos por o desde el sistema se sienten vinculados por el mismo. Es dar cuenta que, según la terminología empleada por Hart<sup>14</sup>, desde el punto de vista interno, éstos sienten que “tienen la obligación de...” y no que “se ven obligados a...” cumplir con los mandatos emitidos por o desde el sistema. Como dijo en otro momento: “El concepto “legitimación” designa la aceptación de la regla básica de un sistema político (a la que, [...], llamaré “regla de reconocimiento”) por parte de quienes directa o indirectamente ejercen el poder institucionalizado. En la clásica formulación de Max Weber, esta aceptación resulta de la existencia de una “creencia en la legitimidad”, es decir, de la creencia de que las reglas del sistema son las más adecuadas para la respectiva sociedad. (...)”<sup>15</sup>. Sin duda, este autor llama legitimación a lo que Weber llama legitimidad: la adhesión interna u obediencia voluntaria a un determinado orden o autoridad.

---

<sup>13</sup> Garzón Valdés, Ernesto. “Acerca del concepto de legitimidad”. En: Anuario de Derechos Humanos. Madrid: UCM, N° 5, 1988/89, p. 362.

<sup>14</sup> Hart utiliza esta terminología para diferenciar, desde el punto de vista interno, el sentido en que son obligatorios los mandatos provenientes desde el Derecho (“tener la obligación de...”), del sentido en que los son las órdenes provenientes de un asaltante (“verse obligado a...”) (Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho...*, pp. 110-113).

<sup>15</sup> Garzón Valdés, Ernesto. “El terrorismo de estado. El problema de su legitimación e ilegitimidad”. En: *Filosofía, Política, Derecho. Escritos seleccionados*. Javier de Lucas (editor). Valencia: Universitat de Valencia, 2001, p. 132.



En cambio, para Garzón Valdés, hablar de “legitimidad” implica hacer un juicio de valor acerca de la cualidad moral o ética del sistema: éste será legítimo –y se le deberá obediencia– si cumple o respeta las “verdades morales universales” cognoscibles en el campo de la ética, las mismas que son totalmente independientes de las valoraciones mayoritarias o, incluso, totales de la población. Ésta es una idea que ha reiterado en otra ocasión: “El consentimiento fáctico es, sin duda, la expresión más confiable de los valores vigentes en una determinada sociedad. De él se infiere el contenido de la moral positiva de aquélla, es decir, (...): el punto de vista interno de los miembros de una sociedad con respecto a las normas que deben regirla. Pero este punto de vista interno es insuficiente para juzgar acerca de la legitimidad, si es que ella ha de ser entendida como coincidencia de los principios y reglas vigentes en una sociedad política con los principios y reglas no ya de una moral positiva sino de una moral esclarecida o ética”<sup>16</sup>. Así, pues, para este autor solamente “(...) se puede predicar la legitimidad de un sistema político cuando las normas de comportamiento en él vigentes coinciden con las de una moral esclarecida o ética. (...). El juicio de legitimidad es un juicio sobre la calidad de las normas; (...)”<sup>17</sup>. La legitimidad, por tanto, en la obra de Garzón Valdés, es un atributo que poseen únicamente determinados ordenamientos o sistemas de Derecho: aquellos que están estructurados sobre la base del respeto y garantía de esa moral “esclarecida o ética” (siempre, claro está, que pueda demostrarse su existencia, asunto que este autor sí considera posible<sup>18</sup>), aun cuando incluso aquélla podría no gozar de la adhesión mayoritaria de la población. Por tanto, para este autor, el concepto “legitimidad” no es explicativo sino valorativo: no describe por qué se obedece a alguien (como hace Weber) sino prescribe por qué se debería obedecer (o desobedecer) a esa persona<sup>19</sup>.

Pues bien, expuestas de esta forma las dos concepciones sobre la legitimidad, ¿cuál es la que se va a adoptar en este trabajo de investigación? No cabe duda que el profesor

<sup>16</sup> Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 459.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 464.

<sup>18</sup> “(...) admitir la distinción entre legitimación y legitimidad presupone admitir también la existencia de valores objetivos y universales, más allá de su reconocimiento circunstancial en determinadas sociedades” (Garzón Valdés, Ernesto. “El terrorismo de estado. El problema de su legitimación e ilegitimidad”..., p. 134).

<sup>19</sup> Elías Díaz también diferencia entre “legitimidad” y “legitimación” aunque, creo, en un sentido distinto al que maneja Garzón Valdés: “Se ha hablado hasta aquí (...) de legitimidad contraponiéndola o, mejor, diferenciándola de legalidad, entendida ésta como sinónimo sin más de Derecho, de ordenamiento jurídico. Legitimidad puede tomarse como término equivalente al de justificación (del Derecho y del Estado); legitimación, por su parte, alude al hecho social de la aceptación o no de una legitimidad” (Díaz, Elías. *Op. Cit.*, p. 26). Es decir, para Elías Díaz, la legitimidad sería el criterio que invoca un determinado poder para justificarse y exigir obediencia (no la identifica con una determinada moral como lo hace Garzón Valdés); en cambio, la legitimación sería el dato fáctico de la aceptación social de ese criterio, es decir, la constatación de que de hecho se profesa voluntariamente obediencia a ese poder en virtud, precisamente, de la creencia en su legitimidad.

Garzón Valdés plantea la distinción entre “legitimación” y “legitimidad” para salvar las connotaciones positivas que, en el debate moral y político, tiene el término “legitimidad”<sup>20</sup>. Y es que incluso los regímenes más perversos, como el nazismo alemán o el fascismo italiano, por el solo hecho de haber gozado de la adhesión mayoritaria de importantes sectores ciudadanos, políticos, militares e, incluso, intelectuales, habrían gozado de “legitimidad” en la definición moralmente neutral de Weber. Precisamente, para evitar esto es que Garzón Valdés propone separar el juicio de hecho del juicio de valor y, como tal, distinguir el hecho de la adhesión interna a un sistema concreto (“legitimación”) del juicio moral acerca de la corrección o no de dicho sistema (“legitimidad”). Sólo así se evitaría, en esta lógica, derivar el deber moral de obediencia del dato fáctico llamado adhesión mayoritaria<sup>21</sup>. Sin duda, el que se adhiere siente que “tiene el deber” de obedecer (ello sería producto de la legitimación), pero moralmente hablando –en la lógica de Garzón Valdés– sólo se le debería obediencia a aquel poder que, al adecuar su actuación a los principios éticos universales y absolutos, es legítimo. Y es que, en este planteamiento, que uno subjetivamente sienta que “tiene el deber de obedecer” (legitimación), no significa que objetivamente tiene “el deber moral de obedecer” (legitimidad). Es decir, que uno perciba el cumplimiento de un mandato como una máxima particular de comportamiento, no significa que cumplir ese mandato sea moralmente una máxima general de comportamiento exigible frente a todos.

Por mi parte, creo que más allá de cualquier debate sobre la pureza terminológica, a lo que apunta Garzón Valdés es a identificar y defender “criterios de legitimidad” que sean moralmente aceptables. Y, por supuesto, ello no es incompatible con manejar una concepción descriptiva de la idea de legitimidad que, lógicamente, pueda también dar cuenta de la presencia de criterios de legitimidad más justificables que otros. Por tanto, de ahora en adelante cada vez que hable de “legitimidad” lo haré en el siguiente sentido: como un concepto relacional que sirve para explicar la voluntad de obediencia de los dominados a unas determinadas autoridades (los jueces y tribunales, por ejemplo). Así, pues, la “legitimidad”, en el marco de las relaciones de poder, será la razón que explica por qué alguien, en su fuero interno, siente que tiene el deber de obedecer los mandatos de otro (lo hace porque, ante sus ojos, el que manda es un poder “legítimo”). Por qué es legítimo, es un asunto que tiene que ver con el criterio de legitimidad que se haya elegido. Como dice Bobbio, “el juicio sobre los límites de la obediencia y la validez de la resistencia depende del criterio de legitimidad que se asuma. Un poder que con base en un criterio es afirmado como legítimo, con base en otro puede ser considerado

<sup>20</sup> Cfr. Garzón Valdés, Ernesto. “El terrorismo de estado. El problema de su legitimación e ilegitimidad”..., pp. 133-134.

<sup>21</sup> Como el propio Garzón Valdés señala: “Es obvio que los juicios de corrección ética son de naturaleza normativa y que, por lo tanto, no pueden ser inferidos sin más de juicios que describan la realidad” (Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, Ética y Política*..., p. 464).

ilegítimo”<sup>22</sup>. En tal sentido, si se dice que una sentencia “X” es legítima, en el fondo, lo que se está queriendo decir es que se le debe obediencia... y viceversa: cuando se niega dicha calificación, lo que se está queriendo decir es que no se le debe obediencia y, por ende, que hay razones justificadas para “rebelarse”. Una sentencia ilegítima, en esta línea, vendría a ser una sentencia “des-obedecible”. La clave, por tanto, está en determinar cuál es el fundamento de la legitimidad de un órgano judicial o, lo que es lo mismo, qué es lo que hace que una actuación de un juez o de un tribunal pueda ser calificada como “obedecible”. Es indispensable, entonces, adoptar un criterio de legitimidad que sea lo suficientemente riguroso como para permitir diferenciar claramente una actuación judicial legítima de una ilegítima. A ello apunta esta parte del presente trabajo de investigación.

Antes de comenzar, se impone una última precisión. Como se ha visto, el problema de la legitimidad de un orden o mandato, al final, es el problema de la obediencia que se le debe a ese orden o mandato. Ello es así porque la categoría “legitimidad” trae aparejada consigo la idea de “obediencia” o, siendo más precisos, de “deber de obediencia”. La cuestión está en que cuando trasladamos este problema al ámbito jurídico, tal como explica Elías Díaz, se vuelve imperativo distinguir entre el deber “jurídico” y el deber “ético” de obedecer a las normas jurídicas existentes o válidas. Efectivamente, corresponde hacer eso porque el deber de obediencia implícito en el concepto de legitimidad es el segundo (el ético) más no el primero (el jurídico). Y es que, como resalta Elías Díaz, mientras que la obligación jurídica tiene un carácter “hipotético” en tanto que la obediencia –si se da– se genera tan sólo por el temor a la sanción legal (multa, pena privativa de libertad, trabajo comunitario o forzado, etc.), la obligación ética, en cambio, posee un carácter “necesario” en la medida que para el que la asume, en su fuero interno, se genera la convicción de que tiene “el deber” de cumplir con la norma jurídica en cuestión (es, para él, una máxima de comportamiento)<sup>23</sup>... y ello, como se ha explicado en los párrafos precedentes, es el grado de obediencia perseguido por la idea de legitimidad: como decía Weber, se cumple no por temor a la sanción (aunque también) sino porque cumplir con ese deber, en el fuero interno, constituye una máxima de necesario cumplimiento (es por ello que tiene carácter “necesario”).

---

<sup>22</sup> Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad...*, pp. 123-124.

<sup>23</sup> Cfr. Díaz, Elías. Op. Cit., pp. 77-78. Por supuesto, que se pueda distinguir entre el deber jurídico y el deber ético de obedecer al Derecho, no significa que para Elías Díaz no existan conexiones entre ellos: “El deber ser jurídico puede, creo, comunicarse (sin confusión) con el deber ser ético, expresión originaria y última, a la vez, de la conciencia individual. Pueden, pues, darse razones éticas (fundadas) para el cumplimiento del Derecho (...); pero por supuesto que pueden darse igualmente razones éticas (...) para su no cumplimiento, es decir para la desobediencia al Derecho” (Ibid., p. 79). Y es que, para este autor, “la ética puede suministrar justificación tanto para la obediencia a unas normas jurídicas como para la desobediencia a otras (depende de su concordancia o discrepancia con respecto de la ética), es decir, puede suministrar fundamento tanto para la obligación de obedecer como para la no obligación de obedecer e, incluso, para la obligación de desobedecer” (Ibid., p. 83).

Por esta razón, como explica Elías Díaz, “cuando se pregunta si se debe obedecer al Derecho, si hay obligación de obedecerlo y por qué, a lo que se está radicalmente aludiendo es a un “deber ser” ético, es decir a una obligación de ese carácter, pero que recae (...) sobre conductas impuestas por las normas jurídicas. Lo que en el fondo se pregunta (...) es si estoy o no obligado éticamente a cumplir tal o cual norma jurídica (la “obligación” jurídica, no se pone con ello en duda desde el momento que la norma existe)”<sup>24</sup>. Es decir, el problema de la obediencia al Derecho –y, por ende, a las sentencias– es un problema de índole eminentemente ético y, por tanto, no pone en cuestión si existe o no la obligación jurídica de obedecer al mismo –o a las resoluciones judiciales–. Y es que, como se deduce del planteamiento de Elías Díaz, este deber jurídico siempre está presente ya que aparece desde el momento mismo en que la norma jurídica existe o, lo que es lo mismo, desde que tiene la condición de válida. En tal sentido, cuando se pregunta por la legitimidad de la actuación de los jueces y tribunales, en realidad, se está preguntado si existen razones para negarse a cumplir con la mencionada obligación jurídica de cumplir con los mandatos judiciales definitivos (o válidos). Es por eso que no basta con constatar, como se hizo en la primera parte, que todo lo que los jueces digan o hagan siempre será jurídicamente válido (una tesis de teoría del derecho), sino que además es tanto o más importante preguntarse cuándo una sentencia es legítima y cuándo no y, por tanto, cuándo es obedecible y cuándo es desobedecible. Por supuesto, para hacer esto, primero, hay que indagar por el marco de actuación en el que hoy se inserta la figura del juez (el modelo de Estado de Derecho) y observar cuál es el papel que, en ese marco, a éste se le asigna. Eso es lo que, como se ha anunciado, se hará a continuación.

## **2. Estado de Derecho, Estado constitucional y Estado constitucional de Derecho: tres modelos un mismo problema.**

En la primera parte de la presente investigación, a partir de la asunción y defensa de una concepción escéptica de la interpretación judicial, se llegó a la conclusión de que es incompatible la existencia de “Poder Judicial” (o de “un” Poder Judicial si se quiere) con una concepción de la democracia entendida como un sistema de gobierno en el cual los conflictos que han sido judicializados deben ser resueltos según las normas generales que han sido creadas o bien directamente por el pueblo (por ejemplo, a través de un referéndum) o bien por medio de sus representantes elegidos por sufragio universal (el Parlamento o eventualmente el Ejecutivo). También se dijo, dado que el poder discrecional de los jueces es imposible de eliminar –o siquiera de limitar– por

---

<sup>24</sup> Díaz, Elías. Op. Cit., p. 81.

medio de textos normativos que siempre serán interpretables (no hay, pues, límites cognitivos), que la clave para resolver este problema está en modificar la forma de entender la democracia. Pues bien, como se dijo en la introducción de esta segunda parte, en este punto se van a estudiar tres modelos diferentes de Estado de Derecho (mayoritariamente considerado, en esas variantes, como el realmente “democrático”<sup>25</sup>) y, sobre todo, cómo se inserta en ellos la figura del juez. La idea es, pues, observar si alguno de esos modelos es el compatible con la presencia *de facto* de “Poder Judicial” (y, si no lo es, cuál es el modelo “irreal” de juez que los mismos presuponen). Para ello, primero, se va a definir qué se entiende —o qué se va a entender— por “Estado de Derecho” (el modelo a ser estudiado) y, luego, qué supone haber incorporado a dicha fórmula el adjetivo “Constitucional”. Al finalizar el punto, se quiere dejar claro las serias contradicciones que, desde una perspectiva descriptiva, se pueden presentar entre los objetivos que dichos modelos se plantean (una prescripción), las tareas que a los jueces los mismos le asignan (otra prescripción) y las consecuencias que de su normal funcionamiento se pueden acarrear (la presencia *de facto* de “Poder Judicial”)... y, sin duda, ello se reflejará en el sentido de democracia presupuesto en esos modelos y, sobre todo, en los criterios que éstos exigirán cumplir a los jueces y tribunales para considerar legítimo el ejercicio de su función jurisdiccional (estas contradicciones son, como se verá en el punto 5, las que exigen someter a revisión la mayoría de los criterios de legitimidad de la labor judicial comúnmente aceptados).

## **2.1 El modelo “exigente” de Estado de Derecho.**

A los efectos de esta investigación, voy a asumir la noción de Estado de Derecho propuesta por Elías Díaz. Adopto esta posición porque entiendo que dicha concepción constituye un modelo “prescriptivo”<sup>26</sup> que, en mi opinión, trata de compatibilizar la idea de democracia identificada con la regla de la mayoría, con la presencia en el ordenamiento de una serie de valores, procedimentales y sustanciales, que pretenden

<sup>25</sup> Elías Díaz, por ejemplo, define “al Estado de Derecho (...) como la institucionalización jurídica de la democracia” (Díaz, Elías. “Estado de derecho y democracia”. En: Anuario de la facultad de Derecho, N° 19-20, 2001-2002, p. 205). En el mismo sentido, se expresa Ansuátegui para quien “el Estado de Derecho podría ser considerado como la expresión jurídica de la democracia. No hay democracia allí donde no se pueden identificar los rasgos básicos del Estado de Derecho, de la misma manera que no tiene sentido hablar de Estado de Derecho en referencia a un régimen político no democrático” (Ansuátegui Roig, Francisco J. Op. Cit., p. 74).

<sup>26</sup> Es “prescriptivo” en la medida que realiza un juicio de valor al momento de estudiar la idea de “Estado de Derecho”. Como dice Peces-Barba: “cuando se utiliza el concepto de Estado de Derecho se usa en dos sentidos diferentes, uno genérico, que supone un juicio de hecho y otro específico que supone un juicio de valor. En el primer sentido todo Estado es el hecho fundante básico de un tipo de Derecho. O planteado de otra forma, todo Estado es Estado de Derecho, porque siempre organiza la vida social por medio del Derecho. En ese primer sentido un Estado totalitario es un Estado de Derecho (...). En el segundo sentido se prescribe un determinado tipo de Estado, (...). Supone la prescripción de unos determinados contenidos de justicia y sólo se predica de ese tipo específico de Estado” (Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 95).

limitar, precisamente, el gobierno de las mayorías; valores cuyo cumplimiento efectivo el modelo encarga controlar al Poder Judicial (o al Tribunal Constitucional si se quiere). Es decir, a primera vista, resulta claro que el modelo es “terreno fértil” para el desarrollo del conflicto democracia vs. Poder Judicial (en sentido funcional, obviamente). Por lo demás, no se debe olvidar que el modelo defendido por Elías Díaz es el que, en términos generales, ha sido adoptado por las llamadas “democracias constitucionales” y, como tal, también puede funcionar como un buen modelo descriptivo (es decir, como una herramienta para explicar la estructura, el funcionamiento y las contradicciones de aquéllas).

De acuerdo con este autor, en frase ya célebre, “no todo Estado es Estado de Derecho”. Según Elías Díaz, “la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho”. Para él, “el Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el “imperio de la ley”: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la “voluntad general”. El Estado de Derecho, como Estado con poder regulado y limitado por la ley, se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario”<sup>27</sup>. Pero no sólo eso, son cuatro, para Elías Díaz, las exigencias más básicas e indispensables que debe tener todo “auténtico” Estado de Derecho: (i) el imperio de la ley como expresión de la voluntad general o, lo que es lo mismo, de la ley democráticamente producida, (ii) la división de poderes del Estado en legislativo, ejecutivo y judicial, (iii) la legalidad y el control de la actuación de la administración pública, y (iv) la incorporación al ordenamiento y la garantía real de cumplimiento de los derechos fundamentales, ya sean sólo civiles y políticos (Estado “Liberal” de Derecho), ya sean también económicos, sociales y culturales (Estado “Social” de Derecho)<sup>28</sup>.

Como se puede apreciar, tal como señala Hierro, se está frente a una fórmula de “Estado de Derecho” que incorpora aspectos tanto formales como sustanciales<sup>29</sup>. “Formales” porque en él se resalta el imperio de la Ley, la participación ciudadana en la elaboración de ésta (el elemento democrático) y la división de poderes como criterios de

<sup>27</sup> Díaz, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 8º edición, 1981, p. 17. Esta idea es repetida por Elías Díaz muchos años después: “(...) no todo Estado merece ser reconocido con este, sin duda, prestigioso rótulo cualificativo y legitimador que es –además de descriptivo– el Estado de Derecho: un Estado con Derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de Derecho (sólo algunos). Este implica –en términos no exhaustivos– sometimiento del Estado al Derecho, a su propio Derecho, regulación y control de los poderes y actuaciones todas del Estado por medio de leyes, que han sido creadas –lo cual es decisivo– según determinados procedimientos de abierta y libre participación popular, (...)” (Díaz, Elías. “Estado de derecho y democracia”..., p. 203).

<sup>28</sup> Cfr. Díaz, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*..., p. 31.

<sup>29</sup> Cfr. Hierro, Liborio. *Estado de Derecho: problemas actuales*..., p. 11.

organización y funcionamiento del poder estatal; y “sustanciales” porque ubica la realización plena de los derechos fundamentales como objetivo supremo –y justificante o legitimador– de la actuación de los poderes públicos. Es por ello que esta concepción ha sido clasificada por Asís dentro de los modelos “exigentes” de Estado de Derecho, los mismos que se caracterizan por identificar al mismo con “aquel Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la participación de los ciudadanos y que protegen derechos individuales y sociales, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente”<sup>30</sup>.

Vista así la propuesta de Elías Díaz resulta claro que el elemento central de la misma reside en el “imperio de la Ley”. Es, como dice el propio autor, la “nota primaria y fundamental del Estado de Derecho”<sup>31</sup>. Y es que, a través de él, se manifiesta el elemento democrático del modelo. Efectivamente, en la idea de Estado de Derecho defendida por este autor, “(...), por ley debe entenderse la formalmente creada por el órgano popular representativo (Parlamento o Asamblea Nacional) como expresión de la voluntad general. En el Estado de Derecho la ley es la concretización racional de la voluntad general, manifestada, (...), a través de un órgano de representación popular libremente elegido”<sup>32</sup>. O, como dijo en otro momento, “el imperio de la ley de un verdadero Estado de Derecho exige que esa ley –ahí radica su legitimidad para “imperar”– haya sido creada por un Parlamento libremente elegido por los ciudadanos a través de los partidos políticos y el sufragio universal”<sup>33</sup>. Dicho en otros términos, se está frente a un modelo que subraya el especial valor que tendría –o debería tener– el Poder legislativo en la elaboración de la Ley. Sólo así ésta estaría legitimada para “imperar”. Para Elías Díaz, entonces, la nota central de su modelo de Estado de Derecho es el imperio de la ley pero, y esto es clave, “imperio no de cualquier ley sino de aquellas que son producto de la libre participación popular”<sup>34</sup>. En este modelo, sólo a la ley creada de esta forma, pues, se le debería obediencia<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Asís Roig, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 83. Como explica este autor, son modelos “exigentes” porque, a diferencia de los demás modelos, añaden a la fórmula “Estado de Derecho” criterios de legitimidad (la participación ciudadana en la elaboración de la Ley) y de justicia (el respeto a los derechos fundamentales) (Cfr. Ibid., pp. 31-32).

<sup>31</sup> Díaz, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática...*, p. 31.

<sup>32</sup> Ibid., p. 32.

<sup>33</sup> Díaz, Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid: Civitas, 1978, p. 133.

<sup>34</sup> Díaz, Elías. “Estado de derecho y democracia”..., p. 206.

<sup>35</sup> Por esta razón, Hierro señala que Elías Díaz maneja una concepción de “imperio de la Ley” en sentido “fuerte” que, a diferencia de la noción “débil”, “introduce en la noción misma de imperio de la Ley el elemento democrático” (Hierro, Liborio. *Estado de Derecho: problemas actuales...*, p. 20). Ansuátegui también da cuenta de la distinción entre concepción débil y fuerte de imperio de la Ley: “(...) cabe señalar dos acepciones o modos de entender la idea de imperio de la ley: una amplia o débil y otra restringida o fuerte. La primera alude a la superioridad jerárquica de la ley en el sistema de fuentes y a la obligación jurídica de obediencia que se deriva de esa posición y que afecta a los destinatarios del Ordenamiento jurídico. La segunda afirma también la primacía de la ley, pero lo hace subrayando su

¿Esto quiere decir que, en este modelo, el Parlamento, en tanto órgano popular representativo y creador de la Ley, tendría una centralidad o supremacía sobre los demás poderes del Estado, es decir, el Ejecutivo y el Judicial, quienes, al parecer, al estar plenamente sometidos al “imperio de la Ley”, estarían sometidos también al “imperio del Parlamento”? En mi opinión, en lo que se refiere al Ejecutivo, no cabe la menor duda. Uno de los caracteres constitutivos de la idea de Estado de Derecho defendida por el modelo es, precisamente, la legalidad y el control de la actuación de la administración pública (el Ejecutivo) o, lo que es lo mismo, su total sometimiento al imperio de la Ley y, por supuesto, al órgano del Estado que lo personifica<sup>36</sup>. Como ha dicho en otro momento: “la institución que representa la soberanía popular es quien suministra legalidad y legitimidad a las institución que ejerce la acción gubernamental”<sup>37</sup>. No cabe duda, entonces, que en el modelo exigente de Estado de Derecho, el Legislativo prevalece o tiene supremacía sobre el Ejecutivo. Sin embargo, en el caso del Poder Judicial ello no queda lo suficientemente claro. Y es que si bien es cierto que, al momento de desarrollar la idea de la división de poderes, dirá que “la trama del sistema de “pesos y contrapesos” que equilibran el régimen de división de poderes puede resumirse del modo siguiente: primacía del poder legislativo, creador del Derecho, frente a los poderes ejecutivo y judicial, aplicadores del mismo; es decir, imperio de la ley”<sup>38</sup>; también lo es: (i) que maneja una concepción de la Ley y de la función legislativa conectada con la idea de Constitución, (ii) que para él una democracia verdadera, la del Estado de Derecho, supone, además del gobierno de las mayoritarias, el respeto a la libertad individual y a las minorías, y (iii), sobre todo, que coloca en el órgano judicial la función de controlar tanto la constitucionalidad de la actuación del Legislativo como la legalidad de la actuación del Ejecutivo.

Efectivamente, en lo que se refiere a lo primero, Elías Díaz claramente dirá que “la ley ordinaria se conexiona y subordina a la ley fundamental (Constitución)”<sup>39</sup>, con lo cual invariablemente está queriendo decir que el Parlamento, aun cuando es el órgano que representa a la voluntad popular, en el Estado de Derecho, también está sometido a la voluntad popular expresada en la Constitución (la “ley” fundamental). Y es que, para este autor, la idea de división de poderes implica “lógico predominio en última y más radical instancia del poder legislativo, primero constitucional y luego parlamentario,

---

origen democrático: la ley es la norma dictada por el Parlamento respetando las exigencias de la democracia” (Ansuátegui Roig, Francisco J. Op. Cit., p. 96).

<sup>36</sup> Cfr. Díaz, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática...*, p. 36.

<sup>37</sup> Díaz, Elías. “Estado de derecho y democracia”..., p. 206.

<sup>38</sup> Díaz, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática...*, p. 34.

<sup>39</sup> Ibid., p. 32.



concretado en las correspondientes normas jurídicas”<sup>40</sup>. Vale decir, aun cuando suene contradictorio, en el modelo exigente de Estado de Derecho, la “voluntad popular” está limitada por la “voluntad popular”. Pero no sólo eso, el gobierno de esa voluntad popular a través del mecanismo de las mayorías, no puede suponer –y esto tiene que ver con lo segundo– la violación de la libertad individual y de los derechos de las minorías. Así, pues, aun cuando para Elías Díaz la configuración del régimen de “derechos fundamentales” tendrá que ser fruto de una decisión mayoritaria (lo cual, aparentemente, resaltaría lo “fuerte” que es la centralidad de la Ley como expresión democrática de la voluntad popular), esa decisión deberá hacerse sobre la base del respeto de la libertad individual y de las minorías: “Si la ley de las mayorías respeta – como por definición de ella misma es absolutamente exigible– la libre crítica proveniente de las otras dos instancias (la individual, último refugio de la libertad, y la de los grupos minoritarios) no hay, parece, excesivo riesgo en seguir aquella voluntad mayoritaria (...) como criterio democrático de ordenación jurídico-política (no digo como criterio último de verdad, que cada hombre puede individual y libremente reivindicar) y, por lo tanto, como cauce de determinación de los derechos humanos que, en una circunstancia histórica concreta, legitiman en consecuencia a un régimen o sistema político”<sup>41</sup>.

Es decir, serán las mayorías las que tendrán que decidir cuáles son los derechos fundamentales existentes en un contexto histórico determinado pero, en todo caso, si la ley quiere seguir siendo expresión democrática de la voluntad popular, tendrán que hacerlo sin violentar a la libertad individual y a las minorías. Ello queda claro cuando dice: “(...) la democracia sólo lo es verdadera y coherentemente cuando respeta de modo adecuado el criterio individual y de las minorías que –junto con las mayorías– forman también parte del todo social”<sup>42</sup>. O cuando sostiene: “No hay democracia sin participación de todos los ciudadanos en la producción de la decisión política, lo cual, (...), implica necesariamente un imprescindible y básico respeto a dichos individuos y minorías. Lo decisivo es, pues, el respeto a la libertad crítica –con todo lo que supone de respeto a la persona, a su dignidad, a su libertad de pensamiento, etc.– y el reconocimiento del derecho a una efectiva participación política de todos los ciudadanos”<sup>43</sup>. Ello es así porque, para él, “la decisión por las mayorías, (...), no supone ni tiene por qué suponer negación de las minorías (cuantitativas o cualitativas), ni negación de la libertad del individuo concreto: al contrario, el criterio de las mayorías exige completamente ambas explícitas afirmaciones. Las mayorías no pueden, en

<sup>40</sup> Díaz, Elías. “Estado de derecho y democracia”..., p. 206

<sup>41</sup> Díaz, Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*..., p. 132.

<sup>42</sup> Ibid., p. 131.

<sup>43</sup> Ibid., p. 132.

efecto, eliminar esas dos instancias si quieren afirmarse como tales, si quieren ser coherentes con su propia metodología, con la que invocan precisamente como justificación de sí mismas. Y ello porque las mayorías sólo saben que los son (sólo saben que son mayoría) cuando se ha dejado expresar libremente y con abierta participación a los individuos todos y a las minorías en cuanto tales”<sup>44</sup>. De esto resulta, en consecuencia, que los derechos individuales y de las minorías, en el modelo prescriptivo de Elías Díaz, se constituyen como límite infranqueable al poder de decisión de las mayorías.

Y, por supuesto, para que la voluntad popular como límite a la voluntad popular, y el respeto de la libertad individual y de las minorías como límite a las mayorías, no sea simple retórica –y esto tiene que ver con lo tercero– este autor asignará al Poder Judicial la tarea de controlar, de un lado, la conexión y subordinación de la ley ordinaria a la ley fundamental (y, por tanto, del Parlamento a la Constitución)<sup>45</sup> y, de otro, la legalidad de la actuación del Poder Ejecutivo:

“¿Habría base en este sistema para un absolutismo del legislativo, una falta de control, y de limitación, sobre la creación del Derecho realizada por el Parlamento? La respuesta debe ser, evidentemente, negativa: el poder legislativo está limitado por la Constitución y por los Tribunales, ordinarios o especiales según los sistemas, que velan por la garantía de la constitucionalidad de las leyes”<sup>46</sup>.

“El principio de legalidad de la Administración, la sumisión de ésta a la ley, se manifiesta, sobre todo, a través de un sistema de control y responsabilidad de la Administración, sistema que asegure el comportamiento de ésta conforme a Derecho y que sirva de garantía para la seguridad jurídica de los particulares. Se trata, pues, del establecimiento de un control jurisdiccional contra las posibles infracciones legales llevadas a cabo por los órganos de aquélla”<sup>47</sup>.

En ese sentido, resulta que la fórmula exigente de Estado de Derecho, quizás sin quererlo, le otorga un enorme poder a los jueces y tribunales que, como se desprende de los textos citados, serán los órganos encargados precisamente de velar que el

<sup>44</sup> Díaz, Elías. *De la maldad estatal y la soberanía popular...*, pp. 59-60.

<sup>45</sup> Cfr. Díaz, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática...*, p. 32.

<sup>46</sup> Ibid., pp. 34-35.

<sup>47</sup> Ibid., p. 36.

Parlamento y el Ejecutivo, en el ejercicio de sus funciones, no transgredan la Ley fundamental (la Constitución), la ley ordinaria y, mucho menos, los derechos fundamentales que aseguran el respeto de las minorías y de la libertad individual. Es por ello que De Asís, en lo que se refiere a la relación juez-parlamento, dirá que el modelo de Elías Díaz “parece dar prioridad al segundo si bien, la forma de tratar el problema de las minorías suaviza esta consideración (...). En efecto, al especificar la existencia de límites a las mayorías basados en el respeto a la minoría, no queda más remedio que encargar a un órgano su garantía. Y este órgano es el poder judicial o si se prefiere el Tribunal Constitucional que, por tanto, corrige en ese sentido al parlamento y se sitúa por encima de él”<sup>48</sup>. No siempre, pues, en el modelo, prevalece el Parlamento sobre los órganos de justicia. Y si ello es así, no cabe duda de que, aun cuando aparentemente lo niega (al asignar a los jueces una función meramente aplicadora del Derecho vigente), el Estado de Derecho en su versión exigente abre la puerta al problema del poder discrecional fuerte de los jueces: éstos, como se dijo en la primera parte, tendrán que interpretar el texto de la Constitución, de la Ley y, sobre todo, de los derechos fundamentales, a los efectos de poder desarrollar su función de control sobre los otros dos poderes del Estado. En tal sentido, en el modelo exigente de Estado de Derecho aparece, también, el conflicto entre democracia y “Poder Judicial”. Cómo se resuelve ahí el mismo (si es que se resuelve claro está) o, lo que es lo mismo, cómo se justifica – y legitima– este poder otorgado a los jueces, es un asunto que por el momento queda pendiente.

## **2.2 El Estado “sólo” constitucional y el Estado constitucional de Derecho.**

Ahora bien, dado el rol que juega la Constitución para Elías Díaz, ¿no se está ya frente a un modelo de “Estado constitucional de Derecho”? En sentido estricto, no. Ya que, de acuerdo con Asís, la fórmula “Estado constitucional de Derecho” está identificada con lo que él llama modelo “garantista” del Estado de Derecho, según el cual por éste solamente debe entenderse al “Estado que actúa mediante una separación funcional de poderes, a través de normas (mandatos), principalmente generales, que protegen derechos individuales y sociales, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente”<sup>49</sup>. Es decir, a diferencia del modelo “exigente” estudiado, en el modelo “garantista” no se prescribe la necesidad de que las normas jurídicas que limitan al poder, es decir los derechos fundamentales, sean “fruto de la participación popular” (como exige Elías Díaz). Dicho en otros términos, no se plantea como elemento necesario e indispensable para la identificación del Estado de Derecho, la inclusión del “elemento democrático” del modelo exigente, aunque tampoco

<sup>48</sup> Cfr. Asís, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho...*, pp. 87-88.

<sup>49</sup> Ibid., p. 89.

se niega. La clave para entender esta posición –y, lógicamente, sus consecuencias en el ámbito de la relación jueces-democracia–, está en profundizar en la lógica del “Estado constitucional” y observar en qué sentido es compatible con la idea de Estado de Derecho.

Siguiendo a Barranco, se puede afirmar que “la fórmula política en la que la Constitución en su totalidad se sitúa por encima de la Ley como fuente del Derecho, ha dado en llamarse Estado constitucional”<sup>50</sup>. Es decir, es un modelo de Estado en el que el Derecho que controla y/o regula el poder y la actividad del Estado, incluyendo la del Legislativo, está encabezado por una norma jurídica llamada “Constitución” que, a estos efectos, se constituye en la fuente del Derecho jerárquicamente superior de todo el ordenamiento. Vale decir, el “Estado constitucional” es un modelo que prescribe que el poder del Estado debe estar sometido al Derecho y donde éste se caracteriza por tener a la Constitución como norma jurídica suprema. Es, en suma, el Estado donde todos los poderes públicos (incluyendo, obviamente, al Parlamento) se encuentran sometidos a las normas previstas en la Constitución. Como dice Ansuátegui, es el Estado donde el principio de legalidad se transforma en el principio de constitucionalidad y, por tanto, donde la idea de control, de límite, de sujeción al Derecho debe entenderse, no sólo frente a la ley del legislador ordinario, sino sobre todo a las normas jurídicas que expresa el texto de la Constitución<sup>51</sup>.

Planteadas de esta forma la idea de “Estado constitucional”, ¿resulta ser compatible o incompatible con la idea “Estado de Derecho”? Para algunos autores, estas dos fórmulas son incompatibles porque, supuestamente, las construcciones llamadas Estado constitucional representan un intento de superación del positivismo jurídico y, por tanto, de la noción Estado de Derecho que se entiende asociada a este tipo de pensamiento<sup>52</sup>. Por ejemplo, el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky, que plantea el carácter incompatible de estos dos modelos, sostendrá que el Estado constitucional es el resultado de haber previsto a los derechos humanos como contenido material o sustantivo de la Constitución, derechos cuya existencia y validez dentro del ordenamiento no dependerán de un acto de voluntad de las mayorías (como diría un iuspositivista) sino de su especial condición moral de justos (una afirmación iusnaturalista). Como dice este mismo autor, los derechos humanos serían “pretensiones subjetivas absolutas válidas por sí mismas con independencia de la ley”<sup>53</sup>. La validez de

<sup>50</sup> Barranco Avilés, María del Carmen. “El papel del juez en el Estado constitucional”..., p. 114.

<sup>51</sup> Cfr. Ansuátegui Roig, Francisco J. Op. Cit., pp. 92-93.

<sup>52</sup> Cfr. Asís, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*..., p. 89. En el mismo sentido: Barranco Avilés, María del Carmen. “El papel del juez en el Estado constitucional”..., p. 114.

<sup>53</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995, p. 47.

estos derechos, pues, no sería presupuesta (la norma hipotética de Kelsen), no se derivaría del hecho social de su reconocimiento como reglas jurídicas válidas (la regla de reconocimiento de Hart), ni sería resultado de un acto del Poder (el hecho fundante básico de Peces-Barba). En la lógica de Zagrebelsky, son válidos por sí mismos, es decir, por ser intrínsecamente justos. No habría, pues, relación entre el Estado constitucional y el modelo exigente de Estado de Derecho (Estado sujeto a la voluntad democrática, expresada a través del Parlamento, según la regla de la mayoría).

Pero no sólo eso, de acuerdo con este autor, los derechos son normas que, al no tener un contenido preciso (tendrían el carácter de “principios”) y al estar en la Constitución (en la cúspide normativa), constituirían en conjunto un “orden objetivo” que estaría “por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal”<sup>54</sup>. Vale decir, los derechos, al no tener fundamento o justificación democrática (existen y son válidos por su especial condición y no porque la mayoría así lo quiere), no estarían sujetos tampoco, en su configuración específica, a las vicisitudes mayoritarias y, por tanto, el Parlamento ya no tendría un rol preponderante a la hora de determinar su contenido. Evidentemente, esto supone que, en ese modelo, esta tarea se traslada al órgano encargado de velar por el respeto de los derechos humanos, es decir, al Poder Judicial o, dependiendo del sistema que se esté tratando, al Tribunal Constitucional<sup>55</sup>. Y si ello es así, nuevamente aparece el problema de la discrecionalidad de los jueces. En palabras de Asís: “para Zagrebelsky, la estructura principal de las normas de derechos fundamentales provoca, en principio, la ausencia de contenidos claros y unívocos. La interpretación de dichas normas, o si se prefiere, de dichos principios, dista mucho de ser clara. En este sentido, si se es fiel a la consideración de estos derechos como referentes básicos de la validez de las normas, sean éstas las que sean, todo el poder sobre los significados posibles de las normas va a recaer, en último término, en aquellos cuya misión consiste precisamente en determinar cuándo se ha cumplido o transgredido un derecho”<sup>56</sup>. Así, pues, como reconoce el propio Zagrebelsky, en el “Estado constitucional” los jueces se habrían transformado en los verdaderos “señores del Derecho”<sup>57</sup>; aunque, y esto también conviene dejarlo anotado, al cumplir con sus funciones no tendrían un poder ilimitado. Éstos se encontrarían sujetos al marco objetivo que, precisamente, deben precisar y controlar y, por tanto, tendrían que ejercer sus funciones “dentro de criterios de razonabilidad,

<sup>54</sup> Zagrebelsky, Gustavo. Op. Cit., p. 94.

<sup>55</sup> Cfr. Asís, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho...*, pp. 92-93.

<sup>56</sup> Cfr. Ibid., p. 93.

<sup>57</sup> Cfr. Zagrebelsky, Gustavo. Op. Cit., p. 150.

adoptando decisiones compatibles con ese orden abierto pero objetivo. Este orden, se caracteriza por la idea de ponderación, de contrapesos, de ductibilidad”<sup>58</sup>.

Ahora bien, al margen de si es limitado o no su poder, lo cierto es que Zagrebelsky defiende este traslado de poder al Poder Judicial. Cuál es la razón que invoca para justificar y legitimar ello, es un asunto que queda pendiente. Vayamos ahora a la versión de “Estado constitucional” compatible con la idea de “Estado de Derecho”. De acuerdo con Asís, el modelo “garantista” de Luigi Ferrajoli es el que mejor representa esta confluencia entre Estado constitucional y Estado de Derecho<sup>59</sup>. Y es que, para el profesor italiano, el Estado constitucional no es más que el moderno Estado de Derecho significado por la presencia de una Constitución entendida como una norma jurídica que le impone límites a todos los poderes públicos (y privados)<sup>60</sup>; norma cuyos contenidos, lejos de ser “naturales”, son tan “artificiales” o “puestos” como cualquier otra norma dentro del Derecho. No es incompatible, por tanto, el paradigma “constitucionalista” (que está detrás de la idea de Estado constitucional) con el “positivismo” que, al proclamar la separación conceptual entre Derecho y Moral, identifica al Derecho existente con el Derecho positivo. Así, pues, la presencia de la Constitución sólo implica la vinculación del Derecho al propio Derecho, nada más<sup>61</sup>.

Para entender la posición de Ferrajoli, como explica Asís, es necesario entender primero la distinción, por él planteada, entre vigencia y validez del Derecho: “(...), la existencia de normas inválidas puede ser fácilmente explicada con sólo distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas: la que se puede llamar vigencia o “existencia”, que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación; y la “validez” propiamente dicha o, si se trata de leyes, la “constitucionalidad”, que, por el

<sup>58</sup> Cfr. Asís, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho...*, p. 93.

<sup>59</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 96-97.

<sup>60</sup> Como dice este autor: “En el modelo tradicional, paleopositivista y jacobino, el Estado de derecho consistía esencialmente en la primacía de la ley y la democracia, en la omnipotencia de la mayoría, encarnada a su vez en la omnipotencia del Parlamento. (...). Este sistema cambia radicalmente con las constituciones rígidas de la segunda posguerra (...) que completan el paradigma del Estado de derecho al someter también al legislador a la ley –a la ley constitucional, más precisamente– transformando así el viejo Estado de derecho en Estado constitucional de derecho” (Ferrajoli, Luigi. “Jurisdicción y democracia”. En: *Democracia y garantismo*. Miguel Carbonell (editor). Madrid: Trotta, 2008, p. 209). Esta es una posición compartida por Ansuátegui para quien “(...) lo que ocurre en el Estado constitucional es una evolución, transformación, de elementos y estructuras internas del propio Estado de Derecho, como consecuencia, entre otros factores, del progresivo protagonismo de la Constitución” (Ansuátegui Roig, Francisco J. Op. Cit., p. 73).

<sup>61</sup> En palabras de Ferrajoli: “(...), el constitucionalismo puede bien ser configurado como un complemento del positivismo jurídico. Él designa, en efecto, una concepción y un modelo de Derecho en el que no sólo la existencia de las normas, en tanto vinculada a su forma de producción, sino también los criterios sustanciales de reconocimiento de su validez, son puestos, artificialmente, por el propio Derecho positivo” (Ferrajoli, Luigi. “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”. En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, abril 2002, N° 16, p. 7).

contrario, tiene que ver con su significado o contenido y depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción”<sup>62</sup>. Es decir, el término “vigencia” hace referencia a la validez formal de las normas, al “quién” (órgano competente) y al “cómo” (procedimiento establecido) de su producción, mientras que el término “validez” propiamente dicho sirve para designar a la validez material de las mismas, al “qué” o “qué no” (contenidos sustanciales) puede ser producido<sup>63</sup>.

Así, pues, Ferrajoli dirá que el criterio de la vigencia está vinculado con el modelo primigenio de Estado de Derecho (o, como lo llama en otro momento, “modelo paleopositivista de Estado Liberal de derecho”<sup>64</sup>), mientras que la incorporación de reglas de validez (criterios sustanciales), adicionales a las de vigencia (criterios formales), importa la adopción del modelo de Estado constitucional de Derecho. Es decir, este modelo implica añadir límites materiales, además de los formales, a la labor de los poderes públicos, en especial al Parlamento. Se mantendría, pues, el “imperio de la Ley” pero se trasladaría el centro de gravedad del mismo del Parlamento (el Estado de Derecho) a la Constitución (el Estado constitucional de Derecho). Como él mismo señala: “(...), la segunda revolución, producida en la última posguerra con las constituciones rígidas significa completar el Estado de Derecho, es decir, la sujeción a la ley de todos los poderes, incluido el legislativo, que resulta también subordinado al derecho, más precisamente a la constitución, ya no sólo en lo concerniente a las formas y los procedimientos de formación de las leyes sino también en el plano de los contenidos. Por consiguiente, en el Estado constitucional de Derecho el legislador no es omnipotente, en el sentido de que las leyes emanadas por él no son válidas por el solo hecho de su entrada en vigor, o sea, por haber sido producidas de la forma establecida en las normas sobre producción, sino cuando, además, resulten también coherentes con los principios constitucionales”<sup>65</sup>.

¿Y qué sucede con el principio de división de poderes, con la legalidad de la actuación de la administración y con el respeto de los derechos fundamentales? Estos criterios también están presentes en la obra de Ferrajoli y, qué duda cabe, forman parte de su modelo “garantista”, aunque –y esto es esencial– con especiales características, en especial en lo que se refiere a la relación Jurisdicción (jueces) y Política (Parlamento) en el marco de la idea de división de poderes implícita en la lógica del Estado constitucional de Derecho; asunto que en gran medida estará influenciado por la presencia de los derechos fundamentales –tanto civiles y políticos como económicos,

<sup>62</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil...*, pp. 21-22.

<sup>63</sup> Cfr. Ansuátegui Roig, Francisco J. Op. Cit., pp. 66-67.

<sup>64</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006, p. 26.

<sup>65</sup> Ferrajoli, Luigi. “Jurisdicción y democracia”..., p. 210.

sociales y culturales— como los criterios sustanciales que dan “validez” a la actuación de los poderes públicos en general y al Parlamento en particular. Y es que, como señala Asís, “para Ferrajoli, los jueces son los encargados de velar por los contenidos sustanciales. A este respecto, sus principales misiones serían la de rechazar las leyes no concordantes con esos contenidos o dejarlas de aplicar, y la de interpretar los preceptos según esos contenidos. Ahora bien, según esto, Ferrajoli parece olvidarse del carácter abierto de los contenidos sustanciales. Es decir, si se defiende que lo que caracteriza al modelo es, entre otras cosas, la identificación del Derecho por contenidos sustanciales y no sólo formales, y se afirma que un determinado órgano es el encargado de velar por esos contenidos, o bien se está volviendo al criterio formal ante la indeterminación de los contenidos, o bien se está afirmando que existen unos contenidos determinados que son precisamente los que guían al juez. Y Ferrajoli, a pesar de la relevancia que da a los contenidos sustanciales (...), parece en este punto volver al aspecto formal. Como toda decisión sobre validez implica una valoración una opción opinable sobre el significado de los contenidos sustanciales, al final lo relevante es quien toma esa decisión, que en el modelo de Ferrajoli son los jueces”<sup>66</sup>.

Indudablemente, en el modelo “garantista” también está presente, pues, el problema del carácter discrecional de los jueces y tribunales de justicia. Cómo Ferrajoli resuelve este problema y, mejor aún, cómo hace para cancelar el riesgo de la institución del gobierno de los jueces que habilitaría su modelo (y si realmente lo logra), es un asunto que también queda pendiente. Lo que importa, por ahora, es resaltar que para Ferrajoli el Estado constitucional implica la evolución del Estado de Derecho en Estado constitucional de Derecho. Antes de pasar al siguiente punto, es necesario exponer una breve conclusión: tanto el modelo exigente o garantista de Estado de Derecho, como el modelo de Estado constitucional “a secas”, son terreno fértil para el conflicto Poder Judicial vs. Democracia. Tal como han sido expuestos aquí, queda claro que en virtud de las exigencias que establecen a la organización estatal y a la necesidad de encargar a un órgano jurisdiccional el control de dichas exigencias, en cualquiera de esos modelos, se pueden presentar serias contradicciones entre los objetivos que se plantean (el imperio de la ley, la realización de los derechos humanos como valores objetivos o la limitación a través del Derecho de todo poder público) y las consecuencias que se podrían suceder de su real funcionamiento (el imperio de la voluntad del juez, la realización de los valores subjetivos del juez o el carácter jurídicamente ilimitado del poder judicial); contradicciones que tendrán efectos en el sentido de democracia presupuesto en los mismos y, por supuesto, —y esa es la hipótesis que se quiere demostrar— en los criterios de legitimidad que dichos modelos exigen cumplir a los

---

<sup>66</sup> Asís, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho...*, p. 100.



jueces y tribunales. En el siguiente punto, se dará cuenta del sentido de democracia implícito en la lógica del Estado constitucional de Derecho.

### **2.3 El concepto de democracia existente en la lógica del Estado constitucional de Derecho.**

Los modelos vistos de Estado de Derecho tienen en común el prescribir ciertos objetivos de “obligatorio” cumplimiento a la organización estatal y, sobre todo, el asignar a los jueces y tribunales el control del cumplimiento, en última instancia, de los mencionados objetivos. Es decir, son modelos que le otorgan un papel crucial (la posibilidad de decir la “última palabra”) a unos órganos “no representativos” (en tanto que no son elegidos por sufragio universal) que, como se vio en la primera parte, se caracterizan por tener un enorme poder discrecional (cuando están operando). En ese sentido, por más que se diga que en esos modelos todos los poderes se encuentran sujetos a lo dispuesto en la Constitución y en la Ley (la idea vista del imperio de la Ley o de la Constitución si se quiere), lo cierto es que, en los hechos, siempre estará presente la posibilidad de que al final los poderes públicos –y privados– terminen estando sometidos al Derecho pero según el sentido que, vía la interpretación (que es un acto puro de la voluntad), le hubieran asignado los jueces y tribunales en especial aquellos cuyas resoluciones ya no son susceptibles de impugnación alguna (recuérdese que tienen el poder de confirmar, anular o modificar libremente el sentido de un texto normativo). Dicho en otros términos, son modelos que a la vez que se reconocen como “democráticos”, permiten que en el marco de un proceso judicial la voluntad que se imponga no sea la democráticamente producida sino la del juez o tribunal correspondiente. Son modelos, pues, que instituyen a los jueces y tribunales como “Poder Judicial”. Un ejemplo concreto de plasmación del modelo de Estado constitucional de Derecho puede ser útil para explicar mejor esta idea.

La Constitución española a la vez que proclama que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho” (artículo 1º.1), señala, de un lado, que “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales” (artículo 118º) y, de otro, que las sentencias del Tribunal Constitucional “tienen valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso impugnativo alguno contra ellas” (artículo 164º). Vale decir, España, al igual que la mayoría de democracias occidentales, es una “democracia” donde las sentencias firmes de los jueces y tribunales ordinarios, de un lado, y las sentencias del Tribunal Constitucional, del otro, son irrevocables y, por ende, sea el sentido que sea de las mismas, siempre serán válidas. Y ello a pesar de que la propia Constitución, de un lado, señala que los derechos y libertades “vinculan a todos los poderes públicos” (artículo 53º.1) y, de otro,

estipula que los integrantes del Poder Judicial están “sometidos únicamente al imperio de la ley” (artículo 117°.1). Consecuentemente, España es un “Estado de Derecho” que se autoproclama como “democrático” y que, a la vez, acepta que los jueces constitucionales y ordinarios (siempre que sus resoluciones sean firmes), a través de la interpretación (que es un acto de voluntad), tengan el poder de asignar libremente un sentido u otro a los derechos “vinculantes” o a la ley “imperante”; pudiendo, incluso, llegar a “torcer” la voluntad de las propias Cortes Generales (expresada en el texto normativo interpretado), las mismas que, según la propia Constitución española, “representan al pueblo español” (artículo 66°.1) y “ejercen la potestad legislativa del Estado” (artículo 66°.2).

Pues bien, ¿cómo se explica una situación como la descrita? Indudablemente, una forma de explicar la misma es asumir que el Estado de Derecho español, en la medida que se autoproclama como “democrático”, presupone una forma de entender la democracia muy distinta de la concepción tradicional, es decir, una manera de entender la misma en la que forzosamente se asume que no es incompatible el gobierno democrático del pueblo con la presencia de poderes discrecionales no representativos. Y, lógicamente, se puede decir lo mismo del modelo de Estado constitucional de Derecho. La clave, por tanto, está en descubrir y describir ese significado implícito u oculto. Dicho en otros términos, en explicar el sentido real del término “democracia constitucional”. Entonces, ¿cuál es el sentido de la democracia presupuesto en el modelo de Estado constitucional de Derecho?

### **2.3.1 La democracia constitucional: un modelo de juez “irreal”. El voto de confianza en los jueces.**

Ferrajoli ha dado una respuesta a esta pregunta. De acuerdo con este autor, una concepción puramente formal de la democracia (es decir, la tradicional) no sirve para describir adecuadamente el concepto de democracia implícito en la lógica del Estado constitucional de Derecho<sup>67</sup>. Efectivamente, para Ferrajoli, una descripción adecuada de los actuales Estados de Derecho debe dar cuenta del cambio que en el sentido de la democracia se produjo con la incorporación de los derechos fundamentales, en las Constituciones de los Estados modernos, como vínculos y límites sustanciales al ámbito de lo disponible por el legislador democrático (el representante formal de la voluntad

---

<sup>67</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. “La democracia constitucional”..., p. 35. Como dijo en otro momento: “una teoría jurídica de la democracia dotada de capacidad explicativa no puede hoy ignorar los límites y los vínculos constitucionales al principio de mayoría que existen ya en casi todos los ordenamientos democráticos. Límites y vínculos que, nos guste o no, son un rasgo empírico de tales ordenamientos del que una teoría de la democracia debe dar cuenta, salvo que quiera negar, con ellos, el carácter democrático de las actuales democracias constitucionales” (Ferrajoli, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia...*, p. 99).

popular); añadiéndose, de esta forma, a la dimensión “formal” de la democracia (en la que se basa la concepción tradicional), que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones, una dimensión “material” de la misma que establece *qué* es lo que no puede decidirse o, por el contrario, *qué* debe o puede ser decidido por cualquier mayoría<sup>68</sup>. Así, en palabras de Ferrajoli, la democracia del Estado constitucional de Derecho supone “(...) un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquella que podemos llamar la esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo obligatorio y que está precisamente formada por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales –a la salud, a la escuela, a la prevención y a la subsistencia– que toda mayoría está obligada a satisfacer. (...)”<sup>69</sup>.

Como se puede apreciar, según la “descripción” hecha por Ferrajoli, el sentido de la democracia implícito en la lógica del Estado constitucional de Derecho, es uno donde la regla de la mayoría, omnimoda en la concepción tradicional de la democracia, sólo vale para lo que él denomina la “esfera de lo disponible”; esfera que contendría todas aquellas materias que estarían más allá de los derechos fundamentales (tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales) que, de acuerdo con él, vienen a ser la “esfera de lo indisponible” para cualquier poder público o privado. Es por ello que, este importante autor, dirá que el actual paradigma constitucional consagra un modelo “tetra-dimensional” de la democracia o, lo que es lo mismo, un modelo “articulado en cuatro dimensiones, correspondientes respectivamente a los cuatro tipos de derechos (...): los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales. Los primeros dos tipos de derechos (...), y que remiten a otras tantas esferas de autonomía (la autonomía política y la autonomía privada), sirven para fundar la legitimidad de la forma de las decisiones en la esfera de la política y en la de la economía, respectivamente, y por lo tanto la dimensión formal, política y civil respectivamente, de la democracia. Los otros dos tipos de derechos (...) y que remiten a aquello que a la autonomía tanto política como económica le está prohibido o le es obligatorio hacer, sirven para fundar la legitimidad de la sustancia de las decisiones y, por lo tanto, la dimensión sustancial, en negativo y en positivo, de la democracia. Es sobre estas cuatro dimensiones, todas necesarias y conjuntamente suficientes, que se plantea el paradigma de la actual democracia constitucional, (...)”<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*..., pp. 23-24.

<sup>69</sup> Ferrajoli, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 144.

<sup>70</sup> Ferrajoli, Luigi. “La democracia constitucional”..., pp. 39-40.

Visto así el planteamiento de Ferrajoli, corresponde preguntarse lo siguiente: ¿es un modelo de democracia compatible con el sentido de “Poder Judicial” defendido en la primera parte? En mi opinión, en absoluto. Y ello por la sencilla razón de que entiende que los criterios sustanciales de validez, aun cuando acepta que tienen un cierto grado de indeterminación que otorga a los jueces y tribunales un cierto grado de discrecionalidad al momento de determinar su contenido (como veremos en el siguiente punto), sí llegan a establecer límites o condiciones necesarias de validez que reducen y condicionan a todos los poderes incluyendo al judicial<sup>71</sup>. Es decir, para este autor, la llamada por él dimensión material de la democracia no sólo condiciona la validez de las actuaciones del Legislativo y del Ejecutivo, sino también la de los propios órganos encargados de controlar su cumplimiento: los jueces y tribunales. Así, pues, éstos, aun cuando tengan la posibilidad de decir la “última palabra”, en su planteamiento, tendrán discrecionalidad pero no “total” discrecionalidad. Esto quiere decir que, para Ferrajoli, en contra de lo sostenido por la teoría realista de la interpretación acá defendida, sí habría límites jurídicos para la labor de jueces y tribunales. Por esta razón, terminará diciendo que “por mucho que sean vagos y estén formulados en términos valorativos, los principios constitucionales sirven en todo caso para aumentar la certeza del derecho, ya que limitan el abanico de las posibles opciones interpretativas, obligando a los jueces a asociar a las leyes únicamente los significados normativos compatibles con aquéllos”<sup>72</sup>.

No es el momento de cuestionar esta posición (se hará más adelante), lo único que me interesa destacar es que, de este planteamiento, se desprende que no todo fallo judicial será válido en el marco de la llamada democracia constitucional, al margen de si el mismo es pasible de impugnación o no. Para Ferrajoli que los criterios sustanciales, como los derechos fundamentales, sean pasibles de interpretación por jueces y tribunales, no significa que éstos no lleguen a condicionar la validez de la actuación del propio intérprete judicial. Indudablemente, esto quiere decir que ese poder discrecional de los jueces y tribunales, en el planteamiento de Ferrajoli, no se llega a desvincular de la voluntad democrática que está detrás de la propia Constitución en tanto norma jurídica puesta o producida por el legislador constituyente del Estado constitucional de Derecho (recuérdese que para este autor “constitucionalismo” y “positivismo” son plenamente compatibles). Así, pues, en esta lógica, al final, los jueces y tribunales siempre terminarán imponiendo, no su propia voluntad, sino la voluntad democrática que está detrás de la Constitución. Ésta, como se desprende del párrafo precedente, será ambigua pero sí llega a delimitar las posibles opciones interpretativas válidas de los jueces y tribunales. Por tanto, de alguna manera, éstos siempre terminarán imponiendo

<sup>71</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia...*, pp. 65-66.

<sup>72</sup> Ibid., p. 67.

alguna de las opciones interpretativas admitidas por el marco constitucional y, por ende, por la voluntad democrática que subyace a éste.

Y si ello es así, en la concepción de la democracia que señala Ferrajoli, se está negando que los jueces y tribunales tengan el poder de imponer su propia voluntad. Es decir, se está negando que éstos, de hecho, sean un real Poder Judicial. Efectivamente, como explican Guarnieri y Pederzoli, el modelo de juez compatible con la lógica de la llamada democracia constitucional, no es el que ellos denominan como “político” (véase el punto 1 de esta parte), sino uno que, al combinar baja discreción judicial con alta autonomía política (del poder político constituido aunque no del constituyente), puede denominarse como “juez guardián”; es decir, un juez que se dedica a controlar que se cumpla con los derechos fundamentales (tarea para la cual no tiene discreción en sentido fuerte), aun en contra de la voluntad de la mayoría política de turno (para lo cual requiere alta autonomía política), pero sometiéndose a la del poder político que estableció dichos derechos (tiene, pues, baja autonomía política respecto del poder político constituyente)<sup>73</sup>. Como dicen estos autores, “el papel de la magistratura en una democracia constitucional es el de defender los derechos de los ciudadanos incluso contra la mayoría y, por tanto, ser su guardián. La tarea del juez será entonces la de defender los derechos de los individuos y de las minorías contra posibles abusos de las instituciones político-representativas y de las mayorías que las controlan”<sup>74</sup>. El problema con esta concepción es que, como los mismos Guarnieri y Pederzoli alertan, al ser el juez el defensor de los derechos y libertades previstos en el texto constitucional, se imagina a éste como la “boca del Derecho” (o, mejor expresado, de los “derechos”) y, por tanto, “su actividad de decisión se define siempre en términos tendencialmente ejecutores”<sup>75</sup>. Dicho en otros términos, el juez “guardián”, el modelo de juez de la democracia constitucional, en verdad, sigue siendo un juez ejecutor (o, lo que es lo mismo, el juez “boca muda”), no de la ley, pero sí de los derechos fundamentales establecidos en la constitución y, por supuesto, esto quiero decir que, en esa concepción, se asume que la función judicial constituye un acto del conocimiento y no de la voluntad (como se verá en el siguiente punto, Ferrajoli entiende que la misma es “tendencialmente cognoscitiva”).

En tal sentido, la democracia constitucional presupone un modelo de juez (el guardián) que, por todo lo dicho en la primera parte de esta investigación, puede ser calificado como “irreal” o, al menos, como incoherente con lo que de hecho sucede en la praxis. Es tan cierto esto que, al final, las posibilidades de realización fáctica del mismo

---

<sup>73</sup> Cfr. Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., pp. 69-70.

<sup>74</sup> Ibid., p. 138.

<sup>75</sup> Ibid., p. 164.

descansan en un “voto de confianza” en la virtud del propio juez. Efectivamente, tal como ha señalado Troper, en el marco del constitucionalismo, si en un principio se confiaba en la virtud del legislador para asegurar el cumplimiento de las normas constitucionales, luego se entiende que “si el legislador no es controlado o, lo que resulta equivalente, si se controla a sí mismo, reelaborará la constitución según su voluntad”, pero que “si el poder de control pertenece a una jurisdicción, esta garantizará la conformidad de la ley a la constitución, lo cual supone estabilidad para la constitución y moderación en la legislación”; y, como tal, de la virtud del legislador se pasa a confiar en la “virtud del controlador”, motivo por el cual, en el constitucionalismo contemporáneo, “los efectos que en el siglo XVIII, se esperaban del funcionamiento necesario de la mecánica constitucional, hoy se esperan únicamente de la virtud de los jueces”<sup>76</sup>. Es decir, se confía que el juez, a diferencia del legislador, no va a reelaborar la ley ni la constitución según su voluntad y, por tanto, que va a desempeñar sus funciones de forma cognoscitiva. Claramente, pues, el modelo de juez guardián no descansa en hechos demostrables empíricamente sino en la banal esperanza de que el juez nunca aborde sus funciones según la lógica de la teoría escéptica de la interpretación judicial. Consecuentemente, no es una concepción que sea compatible con la presencia de “Poder Judicial”. La llamada democracia constitucional, entonces, no puede ser la concepción sobre la democracia presupuesta en el modelo de Estado constitucional de Derecho.

### **2.3.2 Una concepción “sui generis” sobre la democracia: la supervivencia de la aristocracia-autocracia con toga.**

En mi opinión, un Estado que además de proclamarse como democrático, admite la presencia de jueces y tribunales como “Poder Judicial”, en verdad, presupone un concepto de democracia donde el Derecho, el mecanismo a través del cual se manifiesta el gobierno del pueblo (o la democracia), se forma no por la sola decisión del Parlamento (el órgano de representación popular por excelencia) sino por la concurrencia de una serie de órganos previstos en la propia Constitución (Parlamento, Ejecutivo, Tribunal Constitucional, etc.); siendo el caso que, en algunos de ellos, sus propios integrantes no son elegidos por elección popular (tal como sucede con los Tribunales Constitucionales y los jueces en general). Entonces, es evidente que el concepto de democracia implícito en la lógica del Estado constitucional de Derecho es uno donde el “gobierno del pueblo” se manifiesta, no sólo por medio de representantes directamente elegidos (como se asume en la concepción tradicional), sino también a través de una serie de órganos estatales discrecionales de carácter “no representativo”

---

<sup>76</sup> Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado...*, pp. 193-195.

(como los jueces). Así, en esta concepción, el gobierno del pueblo es el resultado de un proceso en el que intervienen tanto órganos representativos como no representativos; órganos todos que, en conjunto, se asume expresan la voluntad popular. En simple, es un sistema donde se asume que los jueces y tribunales, cuando ejercen su poder discrecional (a solicitud de una demanda), ayudan a expresar la voluntad popular.

Explicaré con más detalle esta conclusión. Una descripción como la señalada es la defendida por Troper. Efectivamente, este autor, como se vio en la primera parte, apelando a la teoría realista de la interpretación, demostró que la interpretación que los jueces y tribunales hacen de los textos normativos, es un acto “libre” de la voluntad y no un acto del conocimiento; convirtiéndose, por tanto, en los verdaderos creadores de la “ley” que realmente aplican<sup>77</sup>. Luego de haber hecho esto, aplica dicha teoría a la institución del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, y llega a las siguientes constataciones: (i) no existe jerarquía alguna entre la constitución y las decisiones del Consejo constitucional francés ya que, las decisiones de éste, se basan en las interpretaciones discrecionales que él hace del texto constitucional y, como tal, sólo está sometido a su propia voluntad<sup>78</sup>; y (ii) el Consejo constitucional al participar con poder de decisión, vía el control de constitucionalidad, en el proceso de creación y formación de la ley, debe ser considerado co-legislador conjuntamente con el Parlamento y los demás órganos que, de alguna u otra forma, participan en dicho proceso<sup>79</sup>. Pues bien, de defender estas dos constataciones, extrae dos conclusiones que por su claridad es conveniente citar textualmente:

“(…), bajo la V República, la función legislativa es ejercida por un órgano complejo, uno de cuyos órganos parciales es el conjunto formado por el gobierno y el Parlamento (...) y cuyo otro órgano parcial es el conjunto formado por una de las autoridades competentes para interponer un recurso ante el Consejo constitucional y por el propio Consejo constitucional. Ese legislador, globalmente considerado, no está sometido a la constitución, (...)”<sup>80</sup>.

“(…), en un sistema político que se proclama democrático, la ley no es elaborada en su totalidad ni por el propio pueblo, ni por los representantes del pueblo”<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Cfr. Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado...*, pp. 314-317.

<sup>78</sup> Cfr. Ibid., p. 317.

<sup>79</sup> Cfr. Ibid., pp. 317-318.

<sup>80</sup> Ibid., p. 320.

<sup>81</sup> Ibid., p. 320.

Como se puede apreciar, Troper, después de haber constatado que el Consejo constitucional francés es un real “Poder Judicial” (véase el punto 3.1 de la primera parte), concluye que la ley es creada por el concurso de varios órganos que, en conjunto, no están sometidos a la Constitución (en la medida que el Consejo constitucional sólo está sometido a su propia voluntad y, al final, los demás están sometidos a la voluntad del propio Consejo) y, sobre todo, que, en ese sistema, que se proclama democrático, la Ley es elaborada en parte por un órgano no representativo como el Consejo constitucional (en tanto que no ha sido elegido según las reglas del sufragio universal). Es, pues, en base a estas dos conclusiones que llega a su conclusión principal: el concepto de democracia implícito en el sistema de la V República francesa –y, por extensión, el de todos los Estados modernos– es uno donde el “gobierno del pueblo” se manifiesta, no sólo por medio de sus representantes directamente elegidos, sino también a través de una serie de órganos estatales que, al margen de si sus integrantes fueron elegidos o no por elección popular, en conjunto, expresan la voluntad general. Por tanto, es evidente que, en ese sistema, el juez constitucional también expresa la voluntad general<sup>82</sup>. Es más, para demostrar esta afirmación, Troper hace la siguiente descripción del sistema jurídico-político francés: (i) ahí se define que “la ley es la expresión de la voluntad general” (artículo 6° de la Declaración de los derechos del hombre) (dice “es” y no “debe ser”); (ii) como es una definición debe considerarse siempre que los que hicieron la ley expresaron la voluntad general; y (iii), por tanto, en ese sistema, el Consejo constitucional, que participa en la formación de la ley, contribuye, él también, a la expresión de la voluntad general<sup>83</sup>. Es esta, pues, la concepción de la democracia que es compatible con la existencia de “Poder Judicial”.

De esta forma, de haber descrito el sistema de la V República francesa, ya se sabe que el sentido de la democracia implícito en el modelo de Estado constitucional de Derecho (del cual el sistema francés es un prototipo), es uno donde los jueces constitucionales – y, en general, habría que añadir, cualquier juez cuya resolución ya no pueda ser revocada–, contribuyen a expresar la voluntad general y, por tanto, participan también del gobierno del pueblo. Y si ello es así, entonces resulta que el modelo de Estado

---

<sup>82</sup> Cfr. Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado...*, pp. 320-322.

<sup>83</sup> Cfr. Ibid., p. 321. Troper cita un dato histórico en apoyo de esta tesis: “Esa es la razón por la que, el 10 de agosto de 1791, la Asamblea nacional tuvo que aceptar la argumentación de Barnave y declarar que el rey, que con su veto participaba en la formación de la ley, participaba en la expresión de la voluntad general y que, desde ese momento era, al igual que el cuerpo legislativo, un representante del soberano. Es significativo que ese debate se produjera no ya al principio de la Constituyente sino al concluir esta sus trabajos. Se trataba no ya de encontrar un principio de atribución del poder legislativo, sino únicamente, una vez hecha esta atribución, de encontrarle una justificación. Así, para la Asamblea nacional, todos los órganos parciales de la legislación expresan la voluntad general, independientemente de cómo hayan sido designados. En particular, resulta evidente (...) que, para expresar la voluntad general, no es en absoluto necesario haber sido elegido” (Ibid., p. 321).



constitucional de Derecho es realmente un sistema donde se confía parte del gobierno a una autoridad sumamente poderosa (el Poder Judicial) que, al tener carácter no representativo, puede ser calificada como “aristocrática”. Efectivamente, el mismo Troper dirá que, dada la presencia de jueces y tribunales como “Poder Judicial”, para determinar la real naturaleza de los sistemas que hoy se autodenominan como democráticos: “Se puede escoger entre dos calificaciones. O bien se considera que los parlamentos electos son democráticos y se debe llamar a estos sistemas “régimenes mixtos” puesto que el poder es ejercido conjuntamente por una autoridad democrática y una autoridad aristocrática. O bien se considera que los parlamentos no son más que una aristocracia electa y es necesario, por tanto, considerar que los sistemas en los que vivimos son repúblicas aristocráticas”<sup>84</sup>. De la misma opinión es Garzón Valdés que claramente sostendrá que los actuales sistemas democráticos incluyen “un elemento aristocrático: un tribunal de unos pocos no elegidos por el pueblo y cuya función es confirmar o enmendar las decisiones de los representantes y legisladores democráticamente elegidos en aquellas cuestiones vinculadas con las reglas y principios básicos de la Constitución”<sup>85</sup>.

Como se puede apreciar, de acuerdo con estos dos importantes autores, los jueces y tribunales, en el marco de los actuales Estados constitucionales de Derecho, se constituyen en una “autoridad aristocrática” o, lo que es lo mismo, en un importante y poderoso “elemento aristocrático”. ¿A qué pueden estar refiriéndose estos autores? De acuerdo con la teoría de las formas de gobierno expuesta por Bobbio, en su uso descriptivo<sup>86</sup>, la democracia es “una de las tres posibles formas de gobierno en la tipología en la que las diversas formas de gobierno son clasificadas con base en el diverso número de gobernantes; en particular, es la forma de gobierno en la que el poder es ejercido por todo el pueblo, o por el mayor número, o por muchos, y en cuanto tal se distingue de la monarquía y de la aristocracia en las que el poder es ejercido, respectivamente, por uno o por pocos”<sup>87</sup>. Es decir, tal como explica Bobbio, de acuerdo con esta tipología, que se remonta a la Política de Aristóteles, las formas de gobierno, según el número de personas que participa en él, se pueden clasificar en “monarquía o gobierno de uno, aristocracia o gobierno de pocos y democracia o gobierno de

<sup>84</sup> Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”..., p. 231.

<sup>85</sup> Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”..., p. 133.

<sup>86</sup> Bobbio diferencia entre una teoría de las formas de gobierno descriptiva y una prescriptiva: “En su uso descriptivo (...), una teoría de las formas de gobierno se resuelve en la clasificación y por consiguiente en la tipología de las formas de gobierno que históricamente han existido, realizada con base en la determinación de lo que las une y de lo que las distingue, (...). En su uso prescriptivo (...), una teoría de las formas de gobierno implica una serie de juicios de valor con base en los cuales las diversas constituciones no sólo son alineadas una al lado de otra, sino dispuestas de acuerdo con un orden de preferencia, según si una es juzgada buena y otra mala, una óptima y otra pésima, una mejor o menos mala que otra y así sucesivamente” (Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*..., p. 189).

<sup>87</sup> Ibid., p. 191.

muchos”<sup>88</sup>. En tal sentido, según esta clasificación, cuando Troper y Garzón Valdés, en el marco de los actuales Estados constitucionales de Derecho, resaltan el carácter aristocrático del Poder Judicial, están queriendo decir, primero, que éste es un poder ejercido por “pocos” (el cuerpo de los jueces) y, segundo, que ese poder participa o forma parte del gobierno de todos. ¿Es, pues, ello correcto?

Que los jueces y tribunales son un cuerpo de pocos, es un dato fáctico que no es posible de refutar, y que participan del gobierno es otro hecho que, a lo largo de este punto, se ha tratado de demostrar. En tal sentido, me parece que es acertada la calificación hecha por Troper y por Garzón Valdés. Pero, ¿el Ejecutivo y el Parlamento no están constituidos también por pocos gobernantes? Numéricamente sí pero, a diferencia del Poder Judicial, al haber sido designados mediante las reglas del sufragio universal (directa o indirectamente), éstos tienen la condición de representantes políticos de la ciudadanía y, como tal, se puede sostener la ficción de que, en realidad, son cuerpos “democráticos” en la medida que a través de ellos el poder es ejercido por todo el pueblo. Es decir, son cuerpos de pocos pero de carácter “representativo”. No es posible, pues, endosarles a ellos el calificativo de “aristocráticos” (por ello, la segunda opción planteada por Troper me parece que debe ser descartada). En cambio, esa ficción no es aplicable al Poder Judicial ya que, al ser la designación y nombramiento de sus pocos integrantes (los jueces), por lo general, responsabilidad de un órgano técnico que, a su vez, también es no representativo (por ejemplo, en el Perú esta responsabilidad recae en el “Consejo Nacional de la Magistratura”), es lógico suponer que éste (el Poder Judicial), por su origen, no tiene carácter de representante político de la ciudadanía. Ello es así por la sencilla razón de que la ciudadanía no tiene ni voz ni voto en su proceso de selección y nombramiento. Consecuentemente, según la tipología de las formas de gobierno expuesta por Bobbio, es posible sostener que los actuales Estados constitucionales de Derecho, en realidad, han institucionalizado un sistema en el que el gobierno del pueblo es el resultado de la compleja participación de órganos democráticos (el Parlamento y el Ejecutivo) y de órganos aristocráticos (el Poder Judicial) que, en su conjunto, manifiestan la voluntad popular. Es, entonces, un hecho la supervivencia de la aristocracia con toga (los jueces y tribunales).

Ahora bien, según otra tipología de las formas de gobierno (más contemporánea, por lo demás) es posible calificar incluso al cuerpo aristocrático señalado como un cuerpo “autocrático”. Y es que, como dice Bobbio, “la clasificación más difundida en la teoría política contemporánea absorbe tanto a la monarquía como a la aristocracia en el concepto más general de autocracia”<sup>89</sup>. Como explica el mismo Bobbio, esta

<sup>88</sup> Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad...*, p. 144.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 194.

clasificación tiene su origen en Kelsen que, al considerar como superficial la tripartición tradicional, “adopta otro criterio de distinción, la mayor o menor libertad política y concluye que entonces es más correcto distinguir, en vez de tres, dos tipos de constituciones: democracia y autocracia”; criterio que se basa “en la observación de que el poder o asciende de abajo hacia arriba o desciende de arriba hacia abajo. Para justificarla, Kelsen utiliza la distinción entre autonomía y heteronomía: son democráticas las formas de gobierno en las que las leyes son hechas por aquellos a quienes se dirigen (y precisamente son normas autónomas), son autocráticas las formas de gobierno en las cuales quienes hacen las leyes son diferentes de aquellos a los que están destinadas (y son precisamente normas heterónomas)”<sup>90</sup>. En tal sentido, según esta clasificación, dado que el Poder Judicial no tiene la condición de representante político de la ciudadanía y, como tal, no se puede decir que la producción judicial de Derecho constituye un caso de producción de normas autónomas (los destinatarios de las mismas no participan en su creación), entonces no cabría más que aceptar que la situación descrita en este punto constituye incluso un caso de “autocracia”. El sistema del Estado constitucional de Derecho, por tanto, no sólo instituiría un gobierno “democrático-aristocrático” sino también uno “democrático-autocrático”.

La pregunta ahora es ¿cómo puede justificarse —o legitimarse— un sistema de gobierno como el señalado en los dos párrafos precedentes? Aun cuando ello será materia del siguiente capítulo, sí es posible adelantar lo siguiente: dado que los jueces y tribunales, al ser órganos no representativos, carecen de legitimidad democrática por su origen, la única posibilidad, entonces, de legitimar la labor de los mismos es estableciendo criterios que regulen adecuadamente el ejercicio de sus respectivas funciones o, lo que es lo mismo, de su poder discrecional y, por tanto, que lo hagan aparecer como “democrático”. Antes de terminar este punto, es conveniente resaltar lo siguiente. No se está diciendo que el proceso de formación de la voluntad general descrito en este punto es el sentido correcto de algo así como la democracia “verdadera”. Tan sólo se está diciendo que ese es el único sentido que puede describir a la democracia como un sistema compatible con la presencia de “Poder Judicial”. Nada más. Y es que cualquier otra concepción, como se vio en el punto 2.3.1, en el caso de los jueces y tribunales, siempre terminará restringiendo o eliminando ficticiamente el jurídicamente ilimitado poder discrecional fuerte de los órganos judiciales, a los efectos de adecuar el ejercicio de la función jurisdiccional a sus pre-concepciones sobre la democracia. Vale decir, primero prescriben una definición de la democracia (en este caso, la democracia constitucional) y luego, en función de ella, tratan de describir la realidad de la labor judicial (el modelo de juez guardián). Por el contrario, en la definición que se está

---

<sup>90</sup> Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad...*, pp. 192-194.

proponiendo, primero, se toma como un dato fáctico la labor discrecional en sentido fuerte de jueces y tribunales y, luego, se describe cuál es el sentido de la democracia que sería compatible con esa situación (uno que combina gobierno democrático con elementos aristocráticos y autocráticos). Es, pues, el resultado de haber realizado un estricto juicio de hecho y no un juicio de valor (que es el que estaría, por ejemplo, detrás de la concepción de Ferrajoli, aun cuando él afirme que su definición es puramente descriptiva de la realidad de los actuales Estados constitucionales de Derecho).

### **3. Criterios de legitimidad de la labor judicial (I): la exigencia de “estricta sujeción a la ley (o al Derecho)”.**

En el punto precedente, se estudiaron los modelos más desarrollados de Estado de Derecho (los modelos “exigente”, “garantista” y “constitucional a secas”) y se pudo apreciar cómo, aun cuando lo niegan, el problema de la discreción judicial no sólo no disminuye sino que aumenta considerablemente. Ello es así porque, en esos modelos, se le asigna a los jueces y tribunales el papel de controlar el cumplimiento de las exigencias establecidas a la organización estatal (es la lógica del juez guardián) y, como tal, se termina dejando en manos de éstos la importante tarea de determinar el contenido de las mismas; corriéndose el riesgo, en consecuencia, de que al final el sentido que prevalezca no sea el elegido por el pueblo soberano (si es que fuera posible de identificar claro está) —o, siquiera, el previsto en la Constitución— sino por unos órganos no representativos (aristocrático-autocráticos). Pues bien, en este punto y en el siguiente, se van a presentar las diversas propuestas en torno a los criterios de legitimidad que asisten al Poder Judicial en el marco del Estado constitucional de Derecho o, lo que es lo mismo, los argumentos dados para considerar justificado —y obedecible— el ejercicio por parte de jueces y tribunales de su poder discrecional.

Por una cuestión de orden, en este acápite sólo se van a estudiar las posiciones que, en sus diversas variantes, proponen evaluar la legitimidad de jueces y tribunales en función de su grado de compromiso con la exigencia de sujeción estricta a la ley (ya sea material, ya sea procesal) o, lo que es lo mismo, a la voluntad del legislador democrático (constitucional u ordinario) que ésta supuestamente manifiesta; y, por ende, se deja para el punto 4, el estudio de aquellos planteamientos que entienden que la actividad dirigida a resolver controversias (la judicial), en el marco del Estado constitucional de Derecho, se “democratiza” —y, por ende, legítima— en virtud de una serie de factores distintos (o complementarios) a la estricta sujeción a la ley. Por la misma razón de orden, se dejará para el último punto el análisis crítico de cada una de las posiciones explicadas, a la luz de todo lo dicho en los capítulos precedentes. Será en

el punto 5, entonces, en donde adoptaré una posición sobre el problemático asunto de la legitimidad/obediencia de la labor judicial.

Empecemos, la mayoría de autores revisados, aun cuando –y esto es lo más interesante– reconocen cierto grado de poder discrecional en los jueces y tribunales, afirman que la única forma de legitimar la labor de los mismos es que éstos, en el ejercicio de sus funciones, se sometan al “imperio de la ley” o, lo que es lo mismo, al imperio del Derecho (con la Constitución a la cabeza en el marco del Estado constitucional de Derecho). En otras palabras, los que defienden este criterio tienen en común el señalar que los jueces tendrán legitimidad democrática siempre que, en su actuación, se limiten a hacer efectivo el Derecho democráticamente producido. Así, pues, todas las posiciones ubicables en este rubro defienden la adopción de un criterio de legitimidad que, siguiendo la tradicional clasificación de Weber, podríamos llamar como “racional”; es decir, un criterio en el cual se profesa obediencia a alguna autoridad o mandato porque se asume –o confía– que no manda la persona que representa a dicha autoridad (en este caso, el juez) sino que manda el conjunto de normas generales y abstractas que se conoce como Derecho y, por tanto, donde los sumisos (los justiciables) entienden que no obedecen a la persona que da las órdenes sino a las directivas generales y abstractas del sistema de legalidad que le instituyó como autoridad<sup>91</sup>.

De esta manera, para los que defienden la “estricta sujeción a la ley” como criterio de legitimidad, en cualquiera de sus variantes, el fundamento último del deber ético de obediencia a las resoluciones del juez estará en el estricto apego por parte del mismo al sistema de legalidad que éste está llamado a controlar. En simple, el juez será legítimo siempre que, a través de él, realmente el que mande no sea su arbitrio (o discreción) sino el Derecho. A continuación, se van a presentar las posiciones que son ubicables bajo este rubro (en tanto tienen en común el evaluar la legitimidad de la actuación judicial en términos de “sujeción a la ley”), las mismas que, al presentar diferencias entre sí, pueden ser agrupadas en tres sub-grupos: (i) las que de forma genérica tratan sobre la sujeción de todo juez, ordinario o constitucional, al Derecho preexistente; (ii) las que adecuan ese criterio y adoptan una posición en el ámbito de la justicia constitucional; y (iii) las que prestan particular atención al cumplimiento de las reglas procesales de la práctica judicial al momento de evaluar la legitimidad de la misma. Todas estas posiciones serán tratadas a continuación y, por supuesto, se van a señalar las diferencias que hay entre ellas, dejándose para el punto 5 los comentarios –o críticas– que a las mismas pueden hacerse.

---

<sup>91</sup> Cfr. Weber, Max. *Economía y sociedad...*, pp. 172-174 y 706-707.

### **3.1 La estricta sujeción a la ley (o al Derecho) en cualquier tipo de proceso.**

En este grupo se ubican aquellas posiciones que ponen especial énfasis en el sometimiento a la ley (o al Derecho) como criterio de legitimidad de la actuación de los jueces y tribunales pero sin diferenciar entre procesos ordinarios y constitucionales. La idea común de todas ellas es que el fallo final, para ser legítimo y por tanto obedecible, debe basarse o sustentarse en lo dispuesto por el Derecho preexistente. Por supuesto, todas ellas diferirán entre sí en la forma o el método que proponen (o dejan de proponer) para identificar el Derecho preexistente al cual el juez debería someterse.

#### **3.1.1 El sometimiento a la ley interpretada observando criterios “rigurosos” de interpretación.**

La primera posición a citar es la de Díez-Picazo. Este autor parte de la siguiente premisa: en los modernos Estados democráticos (es decir, en los Estados constitucionales de Derecho), el juez, al no ser nombrado directamente por el pueblo o por los órganos representativos (el Parlamento, por ejemplo), es un “funcionario” o, lo que es lo mismo, no es un representante popular. Por esta razón, explica que, en dichos ordenamientos, el juez siempre está –o, mejor, debe estar– sometido incondicionalmente a la Ley. Y es que, en esos Estados, apunta Díez-Picazo, el Derecho sólo puede ser creado por los poderes públicos “representativos”; siendo incompatible con los mismos, en consecuencia, la creación judicial de Derecho (supone que unos órganos que son “no representativos” pueden crear Derecho)<sup>92</sup>. Ello explicaría, en su lógica, por ejemplo, que en España los jueces ordinarios estén impedidos de realizar el control de constitucionalidad (no se habría querido dejar en manos de funcionarios la “expresión de la voluntad popular”) y, por supuesto, que el mismo esté asignado en monopolio a un órgano como el Tribunal Constitucional cuyos integrantes, al ser nombrados en su mayoría por las Cortes Generales (8 de 12), no tendrían la condición de “funcionarios” y, por tanto, sus resoluciones sí serían fuente del Derecho (si sus resoluciones son fuente del Derecho es porque éste crea Derecho y si éste crea Derecho es porque, según la lógica de Díez-Picazo, es un representante)<sup>93</sup>.

Pues bien, seguirá razonando Díez-Picazo, en los Estados democráticos donde el juez tiene la condición de funcionario y, por tanto, donde es políticamente inadmisibles la creación judicial de Derecho, “(...) los standards de lo hermenéuticamente lícito deben ser más rigurosos que en un ordenamiento basado en el judge-made law, so pena de consagrar el reino de la arbitrariedad y falsear una democracia fundada en la legalidad

<sup>92</sup> Cfr. Díez-Picazo, Luis María. *Régimen constitucional del Poder judicial*. Madrid: Cívitas, 1991, p. 127.

<sup>93</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 128.

(...), es decir, en actos normativos consciente y voluntariamente adoptados por poderes públicos representativos”<sup>94</sup>. Y, precisamente, para evitar que los jueces mediante la interpretación “tuerzan” los actos normativos adoptados por los órganos representativos, este autor dirá que, en esos Estados, “(...), la libertad interpretativa de cada juez está limitada inexorablemente por el deber de dar una motivación adecuada (...), protegible, (...), por vía de amparo; y conviene subrayar que toda norma admite únicamente un número limitado de interpretaciones racionalmente argumentadas”<sup>95</sup>.

Es así como, en atención a lo anterior, Díez-Picazo concluirá que el juez-funcionario, en el ejercicio de sus funciones, se legitima democráticamente: (i) sometiéndose al imperio de la ley (o del Derecho), y (ii) observando criterios “rigurosos” de interpretación y aplicación de la ley. En las propias palabras de este autor: “(...), es claro que sólo el sometimiento al imperio de la ley y la observancia de criterios de interpretación y aplicación rigurosos proporciona al Juez una legitimación democrática que, por conducto representativo, no posee. (...). En un Estado democrático no caben poderes sin legitimación democrática y la única que puede ostentar el juez-funcionario es la del escrupuloso respeto a la ley. Esta legitimación funcional del juez no es una pura declaración retórica, pues da cobertura constitucional —e, incluso, las exige— a disposiciones legales, (...), que sancionan el desconocimiento de la ley por el Juez”<sup>96</sup>. A contrario sensu, aquel juez o tribunal que, en el ejercicio de sus funciones, no se someta al imperio de la ley aplicando criterios de interpretación “rigurosos”, devendrá en ilegítimo o, lo que es lo mismo, será desobedecible. Desafortunadamente, y este es su punto débil, este autor no define cuáles son los “criterios de interpretación rigurosos” que aseguran un total sometimiento al imperio de la ley.

### **3.1.2 El sometimiento a la ley sociológicamente interpretada.**

Otro planteamiento ubicable en este grupo es el del profesor Elías Díaz. Efectivamente, este autor, cuando trata la tarea de los jueces en el marco de la sociedad democrática signada por la prevalencia de métodos de producción capitalista (que es la que actualmente vivimos), dirá que su función consiste en aplicar la ley al caso concreto (someterse, pues, al imperio de la ley) pero no de una forma “a-valorativa”.

Efectivamente, este autor parte de hacerse la siguiente pregunta: “¿Qué puede hacer el juez cuando sea precisamente la ley, la norma, la que precisamente no se interese ni responda a una verdadera consecución y realización de la justicia, cuando sea el propio

<sup>94</sup> Díez-Picazo, Luis María. Op. Cit., p. 129.

<sup>95</sup> Ibid., p. 129.

<sup>96</sup> Ibid., pp. 129-130.

Derecho –como es tan frecuente– una mera sacralización de ilegítimos intereses particulares impuestos coactivamente y que postergan a los auténticos intereses generales de esa sociedad?”<sup>97</sup>. Como se puede apreciar, para Elías Díaz, el Derecho existente a priori no puede ser calificado de imparcial y, sobre todo, de justo... y, por supuesto, esto supone un serio problema para los jueces: si el juez se limita a aplicar la ley a-valorativamente (es decir, sin hacer ningún juicio de valor), en verdad, se estaría parcializando con la voluntad hecha Derecho, corriéndose el riesgo de que termine siendo utilizado por el poder político y/o económico, dada su supuesta “subordinación” a la norma, como fiel guardián de sus intereses particulares<sup>98</sup>. No obstante, esta situación no autoriza al juez a prescindir de la norma porque ¿quién garantiza que la decisión del mismo va a estar orientada hacia la consecución de la justicia? En palabras del propio autor: “Pero lo que me parece más auténticamente renovador no es prescindir, en ese sentido, de la norma (objeto inútil y hasta anacrónico en la sociedad de nuestros días) sustituyéndola por la decisión del juez, con el grave riesgo, advierte Treves, de que esas decisiones –aparte de las razones de seguridad y relativa objetividad que cabe, en general, alegar– no se orienten además precisamente hacia esas metas progresivas de “libertad, de igualdad, de democracia y de progreso social”. ¿Quién nos garantiza que ésas van a ser las metas del juez, de todo juez?”<sup>99</sup>. Es decir, sustituir a la norma por la voluntad del juez no garantiza que se cumplan las metas progresistas por él señaladas. Por tanto, en esta lógica, no cabe más que reconocer que la tarea primordial de los jueces y tribunales de justicia sigue siendo aplicar el Derecho preexistente. Esa sería, pues, la función que legítimamente tendrían que cumplir.

Sin embargo, como se dijo, no plantea la aplicación “a-valorativa” de la ley. En efecto, para evitar que el juez termine siendo un defensor de los intereses particulares de los grupos dominantes, Elías Díaz propondrá la siguiente salida: “Creo más bien, que el juez debe salvarse, y liberarse, junto con la norma, junto con el Derecho, cumpliendo una función creadora en la aplicación de la norma, contribuyendo a su vez para que ésta sea cada vez más auténtica expresión de la voluntad popular libremente expresada, realizando un juicio crítico (positivo o negativo) de la legislación vigente con objeto de ayudar así a su transformación hacia esos objetivos progresivos de carácter amplia y genuinamente democrático, (...)”<sup>100</sup>. Como se puede apreciar, el juez, en el planteamiento de Elías Díaz, debe cumplir una función “creadora”, no en la producción de la norma, sino en la aplicación de la misma. ¿Qué quiere decir con esto? Al parecer, esta función creadora en la aplicación implica, en este autor, una apuesta por el método

<sup>97</sup> Díaz, Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático...*, p. 39.

<sup>98</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 41.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 42.



de interpretación sociológico, por lo menos eso es lo que se deduce del siguiente párrafo: “trabajando con normas habrá siempre que tener en cuenta y tomar en consideración sus implicaciones y repercusiones en una determinada sociedad. De aquí se infiere con toda evidencia la necesidad, entre otras, de una perspectiva sociológica sobre el Derecho y la afirmación de que el conocimiento y el trabajo del jurista – esencialmente del juez– no se reduce, ni debe reducirse, a una labor de interpretación lógico-formal ni de aplicación mecánica de las normas, sino de análisis y entendimiento en un determinado contexto social e histórico, así como de reelaboración creadora de las mismas”<sup>101</sup>.

Es decir, a diferencia del planteamiento de Díez-Picazo, acá sí hay un posicionamiento por un método de interpretación concreto: claramente se opta por la perspectiva sociológica que indica que las normas deben ser interpretadas a la luz del contexto histórico-social en el que serán aplicadas<sup>102</sup>; contribuyendo, de esta forma, a que la ley sea “auténtica expresión de la voluntad popular libremente expresada”. Así, pues, el juez, de todas las posibles interpretaciones de una norma, debe valorar como la más adecuada aquella que actualice a la misma según los cambios producidos en el contexto social e histórico en el que será aplicada. En esta lógica, éste sería el sentido realmente democrático de la ley y, como tal, ese es el que el juez tendría que aplicar en el ejercicio de sus funciones. Por tanto, así sería como el juez obtendría legitimidad democrática: aplicando la ley pero interpretada según el método sociológico.

Ahora bien, en mi opinión, es necesario hacer una precisión. Tal y como está planteada hasta ahora esta posición, parecería que la misma, al optar por el criterio de interpretación sociológico, estuviera apostando por dotar al fallo del juez de lo que Elías Díaz denomina como “legitimidad social”, es decir, por acercar el texto de la disposición normativa, a través de la interpretación, a aquellos valores o intereses que se manifiestan “a través de las vivencias –o aspiraciones– de una determinada sociedad, es decir, de los diferentes sectores o clases de ella”<sup>103</sup>. Dicho en otros términos, pareciera que Elías Díaz estuviera planteando que la legítima tarea del juez, al tener que interpretar conforme al método sociológico, es la de fallar según “los valores eficaces (...) en un cierto grupo social dado, así como también (...) las normas socialmente

---

<sup>101</sup> Díaz, Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático...*, p. 61.

<sup>102</sup> De acuerdo con Barranco, el criterio de interpretación sociológico indica que “las palabras y la voluntad del legislador deben ser matizadas teniendo en cuenta las nuevas circunstancias sociales”. Es decir, “se trata de buscar la interpretación más adecuada de la ley teniendo en cuenta la realidad social” (Barranco Avilés, María del Carmen. *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 85).

<sup>103</sup> Díaz, Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático...*, p. 20.

consideradas valiosas y justas”<sup>104</sup>. ¿Es esto lo que realmente quiere decir Elías Díaz cuando habla de la función “creadora” del juez en la aplicación de la norma?

En mi opinión sí siempre que se entienda que esa interpretación sociológica o según la legitimidad social, en la lógica de Elías Díaz, no puede dar como resultado planteamientos regresivos en materia de derechos humanos (no debe perderse de vista que no es imposible imaginar una situación en la cual los valores sociales o eficaces están en abierta discordancia con los derechos fundamentales). Ello es así porque, como se dijo al momento de estudiar el modelo exigente de Estado de Derecho, para Elías Díaz la sociedad democrática lo es no sólo por regirse según la regla de la mayoría sino también por respetar los derechos de las minorías y, en última instancia, las libertades individuales de conciencia, de expresión y de participación<sup>105</sup>. Es por esta razón que, en lo que se refiere a la obediencia al Derecho, dirá lo siguiente: “(...), considero (...) que la obediencia al Derecho, a un Derecho, puede constituir una verdadera obligación ética, pero que, por supuesto, también puede constituir una obligación ética su desobediencia: cuando, por ejemplo, (...), tal Derecho supone una negación de la libertad que es presupuesto para la auténtica expresión de la voluntad individual y social sin la cual no hay verdadera comunidad humana”<sup>106</sup>. No cabe duda, entonces, que para este autor sólo se deberá obediencia a aquel “Derecho que garantice, proteja y fortalezca la libertad y precisamente, para empezar, que reconozca el máximo respeto a la conciencia ética individual”<sup>107</sup>.

Lo dicho en el párrafo precedente confirma que, para Elías Díaz, la conciencia ética individual sería el criterio último para evaluar la obediencia-desobediencia ética que se le debe a un acto normativo (no la jurídica). Si no se respeta o garantiza la misma, según su lógica, existirán poderosas razones morales para desobedecer. Y si ello es así, las mismas razones que él da para desobedecer el Derecho tendrán que ser aplicables para deslegitimar y desobedecer una sentencia que, habiendo utilizado el método de interpretación sociológico, niega o transgrede las libertades individuales básicas de conciencia, de expresión y de participación; libertades que, para Elías Díaz, constituyen el límite de las decisiones democráticas adoptadas por mayoría (precisamente porque las configura como libertades al servicio de la democracia misma). En ese sentido, de una lectura conjunta de su importante obra, habría que entender que, para este autor, el juez adquiere legitimidad en el ejercicio de sus funciones aplicando la ley mayoritaria, interpretada según el método sociológico, pero teniendo siempre en cuenta la

<sup>104</sup> Díaz, Elías. *De la maldad estatal y la soberanía popular...*, p. 29.

<sup>105</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 59-60.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 91.

intangibilidad de los derechos de las minorías y, en última instancia, la por él llamada conciencia ética individual.

### **3.1.3 El sometimiento a la ley “válida”: la estricta sujeción a la ley como garantía de los derechos fundamentales.**

Otro planteamiento ubicable en este rubro, qué duda cabe, es el de Luigi Ferrajoli. Para este autor, en el marco de las democracias constitucionales, el juez adquiere legitimidad democrática, aun cuando tiene cierto poder discrecional, porque cumple sus funciones en estricta sujeción a la ley, tanto en sentido material como procesal. Efectivamente, de acuerdo con este autor, en el marco del Estado constitucional de Derecho, los jueces y tribunales cumplen una clara función de garantía: asegurar tanto la plena vigencia de los derechos fundamentales previstos en la Constitución como el cumplimiento del principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos; función que, de acuerdo con Ferrajoli, es ejercida por jueces y tribunales en estricta sujeción a la ley “válida” (es decir, conforme con la Constitución) y respetando escrupulosamente las garantías constitucionales del debido proceso<sup>108</sup>. Trataré el primero en este ítem y dejaré el segundo para el punto 3.1.3.

De acuerdo con Ferrajoli, la legitimidad democrática del juez se deriva de su sometimiento a la legalidad pero, y esto es básico en su planteamiento, siempre y cuando la misma sea “válida” o, lo que es lo mismo, esté de acuerdo con los derechos fundamentales y con el principio de legalidad de los poderes públicos, en tanto límites y vínculos sustanciales impuestos a la mayoría por las Constituciones democráticas. Es decir, en el planteamiento de este autor, la sujeción a la legalidad implica, de un lado, tutela de los derechos fundamentales de todos y, de otro, observancia del principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos. Y es que, como se dijo en el punto 2.3, en la teoría de Ferrajoli, los derechos fundamentales (tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales) y el principio de legalidad, ambos garantizados por la Constitución, se constituyen en la “esfera de lo no decidible” por las mayorías y, por tanto, en el criterio de legitimidad democrática en base al cual se evaluará la actuación de todos los poderes públicos (incluyendo, obviamente, al Poder Judicial)<sup>109</sup>. En palabras de Ferrajoli:

<sup>108</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil...*, pp. 25-27 y, del mismo autor, “Jurisdicción y democracia”..., pp. 212-217.

<sup>109</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil...*, pp. 23-24 y, del mismo autor; “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”..., pp. 12-13.

“Esa esfera de lo no decidible –qué cosa no es lícito decidir (o no decidir)– no es sino lo que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría. Y ¿qué es lo que las constituciones establecen como límites y vínculos a la mayoría, como precondiciones del vivir civil y a la vez razones del pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (...) y la sujeción de los poderes públicos a la ley. En estos dos valores, expresión ambos del principio de igualdad, reside el carácter “democrático” de la jurisdicción como garantía, por una parte, de los derechos de todos y, por otra, del ejercicio legal de los poderes públicos”<sup>110</sup>.

Dicho de otro modo, en una democracia sustancial (que es la que, según Ferrajoli, se habría instituido en el Estado constitucional de Derecho), que es una donde no todas las decisiones mayoritarias son válidas (o legítimas), la legitimidad de los jueces y tribunales no será mayoritaria pero, y esto es importante, sí sería completamente “democrática”: éstos, en su ejercicio, hacen efectiva a la propia democracia sustancial, es decir aquella basada en la tutela de los derechos fundamentales de todos y en la legalidad de la actuación de los poderes públicos. No serán representantes de la mayoría pero, y ahí reside su legitimidad democrática, cumplen con vigilar, en estricta sujeción a la ley válida, que los representantes de la mayoría no vulneren las normas constitucionales que constituyen la por él llamada “esfera de lo no decidible” en el seno de la democracia sustancial<sup>111</sup>.

La base de esta posición está en asumir –artificialmente, en mi opinión– que los jueces y tribunales llevan a cabo una actividad “tendencialmente” cognoscitiva y, por tanto, siempre sometida, de alguna u otra forma, a lo previsto en la Constitución. Efectivamente, frente a las objeciones presentadas por Ruiz Miguel acerca de que sus tesis le otorgan una peligrosa discrecionalidad a los jueces y tribunales derivada del

<sup>110</sup> Ferrajoli, Luigi. “Jurisdicción y democracia”..., pp. 212-213.

<sup>111</sup> Coincide con esta posición Peña que dirá: “En definitiva, la vinculación constitucional entre reglas democráticas que limitan las posibilidades de decisión mayoritaria y derechos fundamentales y la existencia de un poder funcionalizado a la garantía, no permiten reprochar al poder judicial ningún tipo de déficit de legitimidad democrática, pues en ese caso podría ser referido también a los derechos fundamentales como límites a las posibilidades de decisión mayoritaria, lo que no deja de ser inaceptable y absurdo. Además, si consideramos que la acción ante un órgano jurisdiccional puede ser una vía de ejercicio y defensa de un derecho o interés frente a una agresión ilegítima mayoritaria, estaremos autorizados a hablar de legitimidad democrática del poder judicial frente al poder de la mayoría, del mismo modo que se acepta que aquellas otras reglas que impiden anular a la minoría o que presuponen diversidad de opciones son presupuestos de la propia democracia y no restricciones al poder de la mayoría” (Peña Freire, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, pp. 242-243).

carácter indeterminado de los principios constitucionales<sup>112</sup>, Ferrajoli responderá que el hecho de que los criterios sustanciales de validez, en las Constituciones rígidas, hayan sido previstos en términos vagos o ambiguos, “(...) no anula el carácter tendencialmente cognoscitivo de la interpretación judicial como aplicación sustancial de las normas constitucionales y, por consiguiente, el fundamento específicamente legal de su legitimación y de su independencia”<sup>113</sup>. Es decir, que las normas constitucionales sean indeterminadas y, por ende, que los jueces tengan cierto grado de discrecionalidad en su aplicación, no afecta en absoluto el carácter de actividad sometida a la legalidad de la función jurisdiccional. Ello sería así en virtud del carácter “tendencialmente” cognoscitivo de la interpretación judicial.

Efectivamente, Ferrajoli cuando dice que la interpretación judicial es “tendencialmente” cognoscitiva se está refiriendo al hecho de que los jueces y tribunales buscan realizar o presentar su actividad de esta manera. Por lo menos, eso es lo que se deduce de lo siguiente: “(...), a diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la actividad jurisdiccional en un Estado de Derecho es una actividad tendencialmente cognoscitiva además de práctica y prescriptiva; o, mejor, es una actividad prescriptiva que tiene como necesaria justificación una motivación en todo o en parte cognoscitiva”<sup>114</sup>. O sea, acepta que la interpretación judicial es una actividad de la voluntad (es prescriptiva) pero, resalta, que en los hechos se presenta y justifica como del conocimiento... y, al parecer, eso es suficiente para calificarla como “tendencialmente” cognoscitiva; es decir, si no se ha entendido mal, para Ferrajoli la interpretación judicial es un acto de la voluntad pero que, por la necesidades de motivación que tienen los jueces, tendería a ser cognoscitiva o, lo que es lo mismo, a presentarse como un acto de descubrimiento –y no de creación– del sentido o significado oculto del texto normativo a ser aplicado. Y si ello es así, entonces resulta que, en su concepción, la función jurisdiccional siempre se auto-justificará –y, por ende, legitimará– como un acto de aplicación de la legalidad existente, ya sea la ley constitucional, ya sea la ley ordinaria.

Esta idea se complementa con el planteamiento de Ferrajoli, visto en el punto 2.3, de que los criterios sustanciales de validez, a pesar de que tienen un cierto grado de indeterminación, sí establecen límites o condiciones necesarias de validez que condicionan a todos los poderes públicos incluyendo al judicial. Es decir, no sólo es que los jueces se auto-justifican presentando su actividad como cognoscitiva sino que, además, “por mucho que sean vagos y estén formulados en términos valorativos, los principios constitucionales sirven en todo caso para aumentar la certeza del derecho, ya

<sup>112</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia...*, pp. 63-64.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>114</sup> Ferrajoli, Luigi. “Jurisdicción y democracia”..., p. 213.

que limitan el abanico de las posibles opciones interpretativas, obligando a los jueces a asociar a las leyes únicamente los significados normativos compatibles con aquéllos”<sup>115</sup>. Así, pues, en esta lógica, al final, los jueces y tribunales se verán forzados a imponer, no su propia voluntad, sino la voluntad democrática que está detrás de la Constitución. Ésta será ambigua pero, en tanto llega a delimitar las posibles opciones interpretativas válidas, los jueces y tribunales tendrán que elegir alguna de las opciones interpretativas admitidas por el marco constitucional si es que aspiran, claro está, a presentar su actividad como cognoscitiva. Tienen, entonces, un ámbito de discreción para ejercer sus funciones pero éste se reducirá a elegir entre los posibles sentidos interpretativos válidos que la propia Constitución habilita. Es por esta razón que, al final, calificará a la actividad judicial como un “saber-poder”, es decir, “un mixto de conocimiento y de decisión, cuya legitimación política depende del predominio del primero sobre la segunda (...), tal como exige la estricta legalidad”<sup>116</sup>. Entonces, actividad tendencialmente cognoscitiva, de un lado, y presencia de criterios de validez sustancial no totalmente indeterminados, del otro, son los elementos que, al final, exigen que sea “la estricta sujeción a la ley válida” el criterio para evaluar la mayor o menor legitimidad democrática de los jueces y tribunales.

Ahora bien, y esta “estricta sujeción a la ley válida”, reclamada por Ferrajoli, ¿supone que los jueces están legitimados para controlar y reparar cualquier incumplimiento por parte del legislador de las normas sustanciales incluidas en la por él llamada “esfera de lo no decidible”? Aunque parezca inconsecuente con lo dicho hasta ahora, Ferrajoli no lleva hasta esos extremos sus propias tesis. En efecto, como ha precisado recientemente, su modelo (la democracia constitucional) distingue entre “funciones de garantía (tendencialmente cognitivas) y funciones de gobierno (prevalentemente dispositivas) legitimadas las primeras por la determinación de los presupuestos normativamente preestablecidos de las decisiones de las que son ejercicio, y las segundas por la representatividad política”<sup>117</sup>; y, sobre todo, otorga a las funciones de gobierno, propia de la legislación y no de la jurisdicción, la importante tarea de reparar lagunas y antinomias legislativas, es decir, las violaciones de la Constitución (y, sobre todo, de los derechos fundamentales integrantes de la “esfera de lo no decidible”) por omisión y por

---

<sup>115</sup> Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia...*, p. 67. De la misma opinión es Prieto Sanchís que también sostendrá que “(...), por graves que fuesen las dificultades para determinar el significado y alcance concreto de cada uno de los valores, que son quizás los estándares más genéricos, su simple reconocimiento constitucional representa ya un condicionamiento del proceso interpretativo que, de otro modo, sería aún más libre. Además, que tales dificultades sean reales, tampoco significa que la atribución de significado a los valores sea una tarea en la que el juez pueda moverse con absoluta libertad. Los valores no son entidades lingüísticas vacías ni meras fórmulas de estilo capaces de dar cobertura “filosófica” a cualquier decisión” (Prieto Sanchís, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho...*, p. 253).

<sup>116</sup> Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia...*, p. 93.

<sup>117</sup> Ferrajoli, Luigi. “Principia iuris. Una discusión teórica”. En: *Doxa*, N° 31, 2008, p. 406.

comisión respectivamente<sup>118</sup>. Es decir, al contrario de lo que sus tesis en un inicio podían llevar a pensar, para Ferrajoli, en virtud de la distinción entre funciones de gobierno y de garantía, los jueces tienen un papel muy limitado a los efectos de poner en marcha todas las exigencias positivas (hacer) y negativas (no hacer) que se derivan de los derechos contenidos en la esfera de lo no decidible: “En el modelo normativo que he teorizado, (...), la reparación de las lagunas y de las antinomias, esto es, del Derecho ilegítimo (...), no está confiada al activismo interpretativo de los jueces; sino a la legislación y, por tanto, a la política por lo que se refiere a las lagunas; y a la anulación de las normas inválidas por las Cortes constitucionales por lo que se refiere a las antinomias. (...). En suma, (...); en el paradigma del constitucionalismo rígido, (...), se limita y vincula de un modo más fuerte al poder judicial, de acuerdo con el principio de separación de poderes y con la idea de que la jurisdicción es tanto más legítima cuanto más cognitiva y menos discrecional resulte. Los jueces, en base a este paradigma, no pueden crear normas, pues ello comportaría una invasión del campo de la legislación, sino sólo censurar la invalidez por oposición con la Constitución: anulándola si se trata de la jurisdicción constitucional o elevando cuestiones de inconstitucionalidad si se trata de la jurisdicción ordinaria”<sup>119</sup>.

Como se puede apreciar, en el modelo de Ferrajoli, en el caso de lagunas, corresponde al legislador positivo (el Parlamento) emitir la norma jurídica que colme la indebida omisión constitucional (que, por cierto, habrá sido ocasionada por la inactividad del mismo Parlamento) y, en caso de antinomias, corresponde al legislador negativo (el Tribunal Constitucional) anular la norma jurídica que incurre en violación de la Constitución por comisión. Es decir, los jueces ordinarios, en este esquema, aparecen como poderes “nulos”. Que estén obligados a cumplir sus funciones en estricta sujeción a la ley válida (es decir, en estricta sujeción a los mandatos constitucionales), no significa que están autorizados a realizar los actos legislativos que se requieren para solucionar los problemas de lagunas y antinomias (emitir y derogar normas jurídicas, respectivamente) que, en la teoría de Ferrajoli, son estructurales al modelo de Estado constitucional de Derecho<sup>120</sup>. Es más, en lo que se refiere a la reparación de lagunas, las limitaciones a la función jurisdiccional son mayores ya que, tal como se deduce del párrafo precedente, ni siquiera las Cortes constitucionales podrían asumir legítimamente dicha tarea. Y es que, para Ferrajoli, el fenómeno de las lagunas viene “generado sobre

<sup>118</sup> Sobre el concepto de “laguna” y “antinomía”, véase: Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*..., p. 878.

<sup>119</sup> Ferrajoli, Luigi. “Principia iuris. Una discusión teórica”..., pp. 404-405.

<sup>120</sup> Para Ferrajoli, en los sistemas dotados de Constitución rígida, como el modelo de Estado constitucional de Derecho: “la potencial incoherencia e inconclusión del derecho producido por fuentes legislativas ordinarias es estructural, ya que es una consecuencia lógica de la normatividad de la constitución para con la producción legislativa” (Ferrajoli, Luigi. “Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”..., pp. 170).

todo en la formulación, como normas téticas de nivel constitucional, de derechos fundamentales cuyas garantías pueden ser introducidas solamente por la legislación ordinaria”<sup>121</sup> y, como tal, “las lagunas estructurales, (...), esto es, como algo diferente a las antinomias estructurales que se expresan a partir de normas inválidas, no parecen estar sujetas a un procedimiento de reparación en sede jurisdiccional. Es de hecho evidente que las Cortes Constitucionales, atendiendo al principio de la separación de poderes, no pueden, por ejemplo, en ausencia de una legislación de desarrollo en materia de derechos sociales, introducir las garantías correspondientes a éstos”<sup>122</sup>.

Claramente, pues, para Ferrajoli la tarea de los jueces de vigilar, en estricta sujeción a la ley válida, que los representantes de la mayoría no vulneren las normas constitucionales que constituyen la por él llamada “esfera de lo no decidible”, no puede suponer que éstos, a los efectos de reparar lagunas o antinomias, sustituyan al legislador y, como tal, emitan la norma jurídica correspondiente (en el caso de lagunas) o deroguen la norma inválida (en el caso de antinomias). Es decir, para Ferrajoli, que “(...), en la democracia constitucional, dotada también de una dimensión nomoestática, el legislador [esté] sometido no sólo a normas formales sino también a normas sustanciales, que puede violar por comisión o por omisión”<sup>123</sup>, no quiere decir que los jueces ordinarios, sobre todo en el caso de lagunas, tienen el legítimo poder de controlar dicho sometimiento. Los legisladores, según Ferrajoli, están obligados a respetar y cumplir con esa dimensión nomoestática pero, en caso de incumplimiento, los jueces no tienen atribuciones para hacerlos cumplir con la misma. En tal sentido, el criterio de legitimidad de la función judicial defendido por Ferrajoli, tan sólo autoriza a jueces y tribunales, a lo más, a poner de manifiesto la presencia de lagunas o antinomias pero no a repararlas (salvo el caso de los jueces constitucionales que, en su modelo, al actuar como legisladores negativos, sí están legitimados a invalidar la legislación inconstitucional pero a no colmar lagunas). Así, pues, en la lógica de Ferrajoli, la estricta sujeción del juez ordinario a la ley válida (es decir, a la ley constitucional), aunque suene contradictorio, no legitima la adopción de medidas judiciales destinadas a hacer efectiva la Constitución. Ello, legítimamente, sólo puede ser tarea de la legislación positiva o negativa.

### **3.2 La estricta sujeción a la ley “constitucional” en el control de la constitucionalidad de las leyes.**

<sup>121</sup> Ferrajoli, Luigi. “Principia iuris. Una discusión teórica”..., p. 412.

<sup>122</sup> Ibid., p. 426.

<sup>123</sup> Ibid., p. 413.



La idea central del planteamiento constitucionalista es establecer límites jurídicos, vía la Constitución, a las decisiones que pueden ser adoptadas según el criterio mayoritario. Por supuesto, para que esos límites no se conviertan en meras declaraciones retóricas, el mismo constitucionalismo, en su sentido más estricto, plantea la necesidad de colocar en manos de los jueces y tribunales el control de la constitucionalidad de las decisiones adoptadas por los órganos de representación mayoritaria, es decir, que éstos cumplan con la legalidad prevista en el texto constitucional. Pues bien, en este punto, se van a estudiar a algunos autores que se han preguntado hasta dónde pueden llegar, legítimamente, los jueces y tribunales en el ejercicio de su función de control de la legalidad constitucional, entendiendo que, en virtud de la propia democracia, existen algunas decisiones del legislador democrático que no pueden estar sujetas a la revisión judicial. Así, pues, todas las posiciones que se presentarán a continuación, tienen en común el sostener que los jueces constitucionales, a los efectos de salvaguardar el sistema democrático, solamente están autorizados a ejercer sus atribuciones en determinados tipos de materias (hasta ahí, pues, llegaría la estricta sujeción a la ley constitucional), aunque diferirán, precisamente, en el tipo de materias que pueden ser objeto de control constitucional.

### **3.2.1 La garantía de las normas constitucionales producto de un especial “momento constitucional”.**

Esta es la posición defendida por Bruce Ackerman. Efectivamente, este autor sostendrá que los jueces constitucionales, en el marco del control de constitucionalidad de las leyes, solamente están autorizados para asegurar que la legislación ordinaria, adoptada según el criterio de las mayorías, no transgreda aquellas normas jurídicas que son producto de especiales y extraordinarios “momentos constitucionales”. Es decir, para este autor, la estricta sujeción a la ley constitucional, en el ámbito del control constitucional de las leyes, sólo puede estar dirigida a garantizar la intangibilidad de aquellas materias constitucionales que, al cumplir ciertas especiales condiciones de aprobación (los momentos constitucionales), escapan al poder reformador de la legislatura mayoritaria común y ordinaria. En todos los demás supuestos, se sobreentiende, el legislador ordinario tendría que ser la “última” autoridad democrática y, por tanto, la justicia constitucional no tendría absolutamente nada que decir.

Para entender esta posición, es necesario profundizar en la concepción sobre la democracia que subyace a la misma. Para Ackerman, la mejor explicación sobre la realidad de la llamada democracia constitucional la brinda el enfoque “dualista”; es decir, “una concepción que, por sobre todas las cosas, intenta distinguir entre dos clases distintas de decisiones políticas a las que adjudica distinta legitimidad; primero,

decisiones tomadas por el pueblo mismo; segundo, decisiones tomadas por el gobierno”<sup>124</sup>. Ello es así porque, de acuerdo con su planteamiento, en el marco de las democracias contemporáneas es posible diferenciar las decisiones ordinarias y permanentes de los gobernantes de turno (lo que él llama “momentos corrientes”), de aquellas situaciones excepcionales o infrecuentes en las que las decisiones se puede considerar que han sido tomadas directamente por el pueblo mismo, “momentos especiales que por denominarlos de alguna manera podemos llamar momentos constitucionales”<sup>125</sup>.

Así, pues, en la concepción dualista defendida por Ackerman se produce una distinción clave entre normas jurídicas adoptadas en momentos corrientes (las adoptadas por el gobierno) y normas jurídicas aprobadas en momentos constitucionales (las aprobadas por el pueblo mismo). Es decir, para la posición defendida por este autor, la voluntad popular no está representada sólo por el Parlamento sino también por “los principios legales que han ganado el asentimiento del pueblo en momentos de actividad constitucional”<sup>126</sup>. De esta forma, para Ackerman, en la lógica de la democracia constitucional, el más alto grado de legitimidad democrática ya no le corresponderá a las disposiciones emitidas por el Parlamento en los momentos ordinarios, sino que lo tendrán aquellas decisiones adoptadas por los representantes del pueblo pero que son producto de haber movilizado y ganado el apoyo mayoritario de los ciudadanos (y no sólo habiendo obtenido el respaldo de la mayoría de los representantes)<sup>127</sup>. En otras palabras, la más alta legitimidad democrática la tendrán las normas jurídicas que hubieran sido aprobadas producto de lo que Ackerman llama los excepcionales “momentos constitucionales”.

Definido de esta forma el concepto de democracia dual, ¿cuál es el papel que, para este autor, le corresponde legítimamente a la justicia constitucional? En el dualismo democrático, tal como señala Ackerman, la justicia constitucional “tiene como deber básico preservar las decisiones políticas tomadas por el pueblo e impedir que dichas decisiones sean erosionadas por las decisiones del gobierno” y, por tanto, aparece como “una institución conservadora de la voluntad popular tal como ésta es expresada en los momentos constitucionales”<sup>128</sup>. En tal sentido, en este planteamiento, resulta claro que la legítima tarea de la justicia constitucional será: (i) impedir que las mayorías parlamentarias circunstanciales deroguen o modifiquen, mediante una ley normal u

<sup>124</sup> Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos. “Tres concepciones de la democracia constitucional”. En: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 16.

<sup>125</sup> Ibid., p. 16.

<sup>126</sup> Ibid., p. 22.

<sup>127</sup> Cfr. Ibid., pp. 20 y 30-31.

<sup>128</sup> Ibid., p. 18.

ordinaria (la adoptada en un momento corriente), aquella legalidad que hubiera alcanzado el más alto grado de legitimidad por haber sido aprobada en los especiales momentos constitucionales; y, como tal, (ii) forzar a las mayorías parlamentarias a seguir el camino que otorga la más alta legitimidad democrática (el momento constitucional) si quieren cuestionar decisiones previas que han obtenido esa condición<sup>129</sup>. Por tanto, para saber si una actuación judicial, en el ámbito del control constitucional de las leyes, es legítima o no, en la lógica de Ackerman, será indispensable saber identificar cuándo se está en presencia –y cuándo no– de una decisión adoptada en un especial y extraordinario momento constitucional.

Pues bien, de acuerdo con Ackerman, ¿cuándo una norma jurídica es producto de un momento constitucional? Según este autor, estas situaciones se caracterizan porque, en ellas, (i) un extraordinario número de ciudadanos está seguro de la particular importancia del asunto que se está discutiendo (importancia mucho mayor, se sobreentiende, que los asuntos normales que se dejan en manos del gobierno); (ii) todos los ciudadanos han tenido la oportunidad de organizarse para expresar su punto de vista sobre el problema que se discute (es decir, hay una amplia participación ciudadana); y (iii) existe una mayoría ciudadana (y no sólo de representantes electos) que es partidaria de solucionar el problema en cuestión de una forma determinada<sup>130</sup>. Por el contrario, las decisiones tomadas por el gobierno son adoptadas en los “momentos corrientes” que, a diferencia de los constitucionales, se caracterizan porque, en ellos, “no existe ni el debate ni la movilización popular” que se presenta en los momentos constitucionales y, por ende, donde “el electorado confía al gobierno la gestión de los negocios públicos y, el gobierno, legitimado por este mandato, adopta las decisiones que cree más convenientes”<sup>131</sup>. Es decir, como explica Gargarella, mientras que las decisiones adoptadas por el gobierno son más normales y hacen a la política de todos los días, los infrecuentes momentos constitucionales, en la lógica de Ackerman, son procesos de reorganización social muy profundos que implican una enorme movilización de la ciudadanía, amplios procesos de discusión, marchas y contramarchas a partir de la confrontación de ideas opuestas, etc.<sup>132</sup>. En tal sentido, para saber si una actuación de la corte constitucional es legítima o no, será necesario afrontar la difícil tarea de evaluar si la decisión normativa que se pretende preservar, más allá de la jerarquía formal que pudiera ostentar (rango constitucional, rango de ley, etc.), por la forma en que fue producida, satisface o no los requisitos constitutivos señalados de un momento

<sup>129</sup> Cfr., Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos. Op. Cit., p. 17, nota al pie 3.

<sup>130</sup> Cfr. Ibid., p. 16.

<sup>131</sup> Ibid., p. 16.

<sup>132</sup> Cfr. Gargarella, Roberto. Op. Cit., p. 135.

constitucional. Como se verá en su momento, es en este punto en donde reside la mayor dificultad de la tesis de Ackerman.

Es necesario abordar una última cuestión antes de pasar al siguiente punto. ¿Cuál es la posición del dualismo de Ackerman en relación con la legalidad constitucional constituida por los derechos fundamentales? Para el dualismo, no existirán inconvenientes en apoyar la intangibilidad de dichos derechos, sea el contenido que sea de los mismos, siempre que los mismos sean el resultado de la decisión democrática de una mayoría movilizada en uno de esos especiales momentos constitucionales<sup>133</sup>. Es decir, no los valora por sí mismos (o por ser intrínsecamente justos) sino sólo por ser producto de una decisión que, por la forma en que fue adoptada, ha ganado la máxima legitimidad democrática. Ello es así porque, como dice Ackerman, “el dualismo es democrático primero y protector de derechos después (definidos de acuerdo a la decisión democrática de una mayoría movilizada)”<sup>134</sup>. Entonces, ¿esto quiere decir que la corte constitucional tendría que apoyar incluso una reducción de derechos siempre que esto sea producto de un momento constitucional? La respuesta de Ackerman es bastante clara y, por eso, conviene citarla textualmente: “Supongamos que una erupción religiosa como la del mundo islámico alcanza al mundo occidental. Supongamos que este despertar religioso concita la adhesión de mayorías movilizadas, (...). Supongamos que se proclama una hipotética Enmienda veintisiete en el caso americano (...) de acuerdo a la cual se establece una religión obligatoria. (...). Sin duda que esta enmienda ofenderá el compromiso con la libertad de conciencia. Sin embargo, si uno tuviese la mala suerte de estar en la Suprema Corte no cabe duda acerca de su responsabilidad constitucional. Aunque es de esperar que uno no cambie de opinión acerca del terrible error moral de sancionar una religión obligatoria en una sociedad caracterizada por la diversidad y el pluralismo, es claro que para el dualismo un juez debe apoyar esa enmienda (...) como parte de la Constitución”<sup>135</sup>. Consecuentemente, queda claro que la legítima misión del juez constitucional del dualismo es la de preservar las normas jurídicas que hayan sido fruto de un excepcional “momento constitucional”, al margen del contenido progresista, conservador o regresivo que pudieran tener las mismas.

### **3.2.2 El control de las normas constitucionales relativas a la participación democrática en el proceso político.**

Esta es la propuesta de John Hart Ely. La misma consiste en sostener que los jueces constitucionales, a diferencia de la tesis de Ackerman, sólo están legitimados a realizar

---

<sup>133</sup> Cfr. Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos. Op. Cit., p. 25.

<sup>134</sup> Ibid., p. 25.

<sup>135</sup> Ibid., p. 26.

el control de constitucionalidad a los efectos de asegurar la legalidad constitucional relativa al proceso de representación y participación democrática de todas las personas, independientemente de si esa normativa fue producto de un momento constitucional o no (mientras que Ackerman busca diferenciar a las normas jurídicas según su proceso de adopción, Ely lo hace en función del contenido de las mismas). Ello es así porque, en su opinión, el legislador está en una mejor posición que los jueces para dar vida a los principios y valores sustanciales de la Constitución; mientras que, por el contrario, sostendrá que los jueces están en una mejor posición que el legislador para controlar el cumplimiento de los preceptos constitucionales relativos a la representación democrática y a la participación política en igualdad de condiciones. La teoría de Ely, en sus propias palabras, “es una teoría que limita el control constitucional relativo a las disposiciones abiertas de la Constitución al insistir en que sólo puede ocuparse legítimamente de problemas de participación y no de los méritos sustantivos de la opción política atacada”<sup>136</sup>.

Efectivamente, Ely da tres argumentos a favor de limitar el control de constitucionalidad al reforzamiento de la participación y la representatividad política y, por supuesto, de reconocer que en cuestiones sustanciales los legisladores democráticos deben ser los que tengan la última palabra: (i) un estudio histórico de la Constitución de los Estados Unidos de América y de sus sucesivas enmiendas demuestra que “preservar valores fundamentales no es propiamente una función constitucional”<sup>137</sup>; (ii) la limitación de la justicia constitucional al control de la representatividad y participación política refuerza el sistema de democracia representativa<sup>138</sup>; y (iii), sobre todo, los jueces están en una mejor posición que los legisladores para realizar el control constitucional de la representatividad y participación política y, por el contrario, éstos están en una mejor posición que los primeros para decidir cómo deben protegerse y en qué medida los valores sustantivos<sup>139</sup>. Dado que el primer argumento, el histórico, es relativo a la experiencia constitucional de los Estados Unidos de América, no voy a profundizar en el mismo. No obstante, los otros dos sí son generalizables y, por tanto, van a ser tratados a continuación.

Lo primero que habría que señalar es la idea de democracia que está detrás de la concepción de Ely. Para él, ésta aparece como un mecanismo para la toma de decisiones en el que tiene derecho a participar, con voz y voto, toda persona o grupo que potencialmente vaya a verse afectado por la decisión a ser adoptada. Así, pues, en esta

<sup>136</sup> Ely, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Traducción de Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo de Hombres Editores / Universidad de los Andes, 1997, p. 215.

<sup>137</sup> Cfr. Ibid., pp. 112-113.

<sup>138</sup> Cfr. Ibid., pp. 113-114.

<sup>139</sup> Cfr. Ibid., p. 114.

lógica, será imprescindible alcanzar y preservar una situación tal en la que nadie quede excluido indebidamente de participar en el mencionado mecanismo, ya sea directamente, ya sea por medio de representantes electos. Como explica Gargarella, “el objetivo de la propuesta de Ely, en definitiva, es el de asegurar una democracia representativa estable en la que todos los posibles afectados por una cierta decisión tengan la posibilidad de expresar su propio punto de vista”<sup>140</sup>. Por supuesto, es una concepción esencialmente formal de la misma ya que, más allá de las cuestiones relativas a la participación y representación, se deja en manos de las mayorías legislativas las decisiones sobre qué valores sustantivos son deseables y sobre cómo y en qué medida deben protegerse los mismos. Nuevamente, como explica Gargarella, “su propuesta [la de Ely] parte de una cierta teoría sobre la democracia y coloca en el centro de la escena a la voluntad mayoritaria. Son las mayorías –sus representantes, más bien–, y no un grupo ilustrado de jueces, las que tienen que decidir de qué modo quieren responder a las cuestiones valorativas que se les plantean”<sup>141</sup>.

Dicho esto, tiene sentido que para Ely el sistema democrático salga fortalecido si se asigna a la justicia constitucional *sólo* el control de las reglas relativas a la representatividad y participación política (argumento dos): (i) si los jueces constitucionales se dedicaran a resolver problemas relativos a cuestiones sustantivas, estarían reemplazando a los ciudadanos –o a sus representantes– en la resolución de conflictos morales que, en su modelo, deben solucionarse según el criterio mayoritario; pero (ii) si se dedican sólo a controlar que todos puedan participar y expresarse libremente en el debate democrático, entonces estarán garantizando que la democracia, en tanto mecanismo para la toma de decisiones, funcione correctamente. Como el propio Ely señala, una justicia constitucional así limitada “reconoce la inadmisibilidad de la tesis de que los magistrados vitalicios nombrados reflejan mejor que los representantes elegidos los valores convencionales, dedicándose en cambio a controlar los mecanismos mediante los cuales el sistema busca garantizar que nuestros representantes elegidos realmente nos representen”<sup>142</sup>.

Pero no sólo eso, para Ely, los jueces constitucionales están en una mejor posición que los legisladores para contralar el cumplimiento de las reglas constitucionales relativas a la representatividad y participación política (argumento tres). Efectivamente, para este autor, los jueces están mejor situados que los legisladores para realizar esta importante función de reforzamiento democrático, no porque sean particularmente expertos en estas materias, sino porque poseen una “perspectiva” distinta a la del legislador mayoritario

---

<sup>140</sup> Gargarella, Roberto. Op. Cit., p. 155.

<sup>141</sup> Gargarella, Roberto. Op. Cit., p. 153.

<sup>142</sup> Ely, John Hart. Op. Cit., p. 128.

que, dada su posición de poder, tendría los incentivos suficientes para bloquear el cambio político (para impedir la pérdida de su posición de poder) y/o excluir del proceso democrático o colocar en desventaja a las minorías políticas (para impedirles o dificultarles que, democráticamente, ganen el poder mayoritario)<sup>143</sup>. Es por ello que dirá que “nuestros representantes elegidos son las últimas personas en quienes confiaríamos para identificar cualquiera de estas dos situaciones. Los magistrados nombrados, no obstante, son comparativamente ajenos al sistema gubernamental, y sólo indirectamente deben preocuparse por continuar en sus cargos. Esto no les da un acceso especial a los auténticos valores norteamericanos: por el contrario, en gran medida, garantiza que no lo tendrán. Sin embargo, sí los coloca en una posición que les permite evaluar objetivamente las acusaciones –aun cuando nadie supone que tal evaluación esté libre de opiniones– de que, al taponar los canales del cambio, o actuar como instrumentos de la tiranía mayoritaria, nuestros representantes elegidos no están representando los intereses de quienes el sistema cree que defiende”<sup>144</sup>.

Básicamente, pues, según la lógica de Ely, no podemos confiar en los que hoy controlan los hilos del poder para, precisamente, fiscalizar que se cumpla con las reglas constitucionales que aseguran la alternancia en el mismo y que la voz de las minorías siempre sea escuchada. Pero sí podemos hacerlo en los jueces ya que, dada su independencia, son ajenos a las vicisitudes mayoritarias (su poder no depende de una u otra mayoría circunstancial). Por tanto, no sólo es que la justicia constitucional, al controlar el cumplimiento de las reglas sobre participación y representación, fortalece el sistema de democracia representativa sino que, por su posición a-mayoritaria, los jueces constitucionales son los mejor posicionados para cumplir con dicha misión. No cabe duda, entonces, que el control de las reglas sobre participación y representación democrática, en la lógica de Ely, tendrá que ser tarea de las Cortes constitucionales. Sólo para ella estarían legitimadas (se sobreentiende que, para este autor, sí podemos confiar en las contingentes mayorías parlamentarias para que decidan qué valores sustantivos son deseables y cómo y en qué medida deben ser protegidos). Por supuesto, el problema con esta posición está en saber cuáles son las reglas constitucionales, precisamente, relativas a la participación y representación democrática (Ely se centra en la libertad de expresión, en la libertad de realizar actividades políticas, en el derecho de sufragio y en la representación de las minorías). Y es que, como se verá en su momento, es posible hacer lecturas restrictivas (como la de Ely) y/o extensivas de las condiciones necesarias para asegurar el correcto funcionamiento del mecanismo democrático de toma de decisiones.

---

<sup>143</sup> Cfr. Ely, John Hart. *Op. Cit.*, p. 130.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 130.

### **3.2.3 Los jueces constitucionales como garantes de la adopción de decisiones políticas imparciales y de decisiones privadas relativas al plan de vida.**

Este es el planteamiento del profesor argentino Roberto Gargarella que, a diferencia de las dos posiciones anteriores, entiende que la justicia constitucional legítimamente sólo puede dedicarse a dos tareas: (i) asegurar que, en el ámbito público, se adopten decisiones políticas “imparciales” y (ii) que éstas no afecten la autonomía de los sujetos para adoptar y seguir los planes de vida de su preferencia. Es decir, no sólo debe centrarse en controlar el cumplimiento de las reglas constitucionales que aseguran la representación, participación y discusión democrática (como aconseja Ely) sino que, además, debe velar porque en ese ámbito no se adopten decisiones intervencionistas en la esfera de la autonomía de la voluntad (es decir, que no se adopten leyes perfeccionistas), al margen de si las mismas son producto o no de un momento constitucional (Ackerman, como en el caso de la religión obligatoria, sí le daría la máxima legitimidad democrática a una legislación perfeccionista, a pesar de atentar contra la autonomía privada, siempre que la misma sea producto de lo que él llama un especial “momento constitucional”).

Explicemos con más detalle este planteamiento. Gargarella parte de una concepción “deliberativa” sobre la democracia que, como él explica, “parte de la idea de que un sistema político valioso es aquel que promueve la toma de decisiones imparciales, esto es, decisiones que no resultan sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que tratan a todos con igual consideración” y, por tanto, que “afirma que la democracia resulta defendible porque favorece, mejor que cualquier otro sistema, la toma de decisiones imparciales”<sup>145</sup>. Ello sería así porque, en esta concepción, “no sólo se defiende la democracia porque en ella se valora el sufragio, sino también, fundamentalmente, porque se valora el proceso que antecede al sufragio, que es un proceso de reflexión colectiva” y, como tal, se entiende que “la principal virtud de la democracia es la de que en ella se facilita y promueve la discusión pública: si tal discusión faltara, luego, no sería razonable esperar que las decisiones que se adoptaran resultaran ser unas decisiones imparciales, ni tampoco quedarían demasiadas buenas razones para apoyar tal sistema político como particularmente valioso”<sup>146</sup>.

Como se puede apreciar, para Gargarella, la democracia es un sistema de gobierno valioso porque, en él, al promoverse y facilitarse el debate público como método de toma de decisiones, se garantiza que éstas al final no estén parcializadas con los intereses de algún grupo en específico. Es decir, es un sistema en el que se presenta una

<sup>145</sup> Gargarella, Roberto. Op. Cit., pp. 157-158.

<sup>146</sup> Ibid., p. 158.



relación causa-efecto entre debate público y decisiones imparciales. Efectivamente, para este autor, el debate público en torno a los asuntos que son de interés colectivo, es aquel proceso mediante el cual los posibles afectados por una medida determinada, no sólo defienden y hacen públicos sus propios intereses, sino que también, como fruto del intercambio de argumentos, escuchan las razones de los otros y, eventualmente, pueden llegar a modificar algunos de sus puntos de vista<sup>147</sup>. Es decir, viene a ser un proceso de discusión y esclarecimiento mutuo y, por tanto, si en ese marco “se toma una decisión que es aceptada por todos, entonces es dable pensar que la decisión alcanzada ofrece ciertas garantías de imparcialidad que otros procedimientos alternativos no pueden garantizar del mismo modo”<sup>148</sup>. Consecuentemente, en la lógica de Gargarella, si en el marco de un debate público, todos los interesados están presentes y, a la vez, todos buscan asegurar sus propias preferencias, es lógico suponer que, si al final se llega a un acuerdo, éste no ha resultado sesgado indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que ha sido el producto de haber tratado a todos los participantes con igual consideración y, por tanto, se podría decir que se está ante un acuerdo imparcial.

Dicho esto, salta a la vista el papel que debe cumplir la justicia constitucional en ese marco. Para Gargarella, al ser la democracia *sólo* un mecanismo para la toma de decisiones y no un mecanismo que impone la adopción de ciertas decisiones, al igual que Ely, dirá que “deben ser los ciudadanos –o, en todo caso, sus representantes–, y no los jueces, los encargados de pronunciarse en (lo que podríamos llamar) cuestiones sustantivas”<sup>149</sup>, y, por supuesto, entenderá que los jueces constitucionales están legitimados para controlar el cumplimiento de las reglas constitucionales relativas a la representación, participación y discusión democrática. Es decir, el mantenimiento de las condiciones para que sean los propios ciudadanos –o sus representantes– los que efectivamente adopten decisiones imparciales sobre cuestiones sustantivas. Como él mismo dice, “¿por qué un defensor de la idea de la “democracia deliberativa” habría de defender el respeto de tales procedimientos? La respuesta parece sencilla: cualquier restricción arbitraria a la libertad de expresión, la discriminación de alguna minoría, o la violación de los procedimientos electorales implican unos obstáculos fundamentales para que se pueda desarrollar un diálogo público significativo. ¿Qué sentido tiene la deliberación si de ella se excluye a ciertas “voces”, o se impide la presentación de –o el apoyo a– argumentos relevantes?”<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup> Cfr., Gargarella, Roberto. Op. Cit., pp. 158-160.

<sup>148</sup> Ibid., p. 161.

<sup>149</sup> Ibid., pp. 161-162.

<sup>150</sup> Ibid., p. 162.

Queda claro, entonces, que según Gargarella la justicia constitucional debe controlar precisamente que la mayoría no altere las condiciones de deliberación que, en su lógica, serían necesarias para alcanzar acuerdos imparciales. Esta sería su primera misión. Ahora bien, como se dijo, él también les asigna otra tarea a los jueces constitucionales: controlar que como fruto del debate público no se terminen adoptando decisiones que terminen afectando el derecho de todos a elegir y desarrollar planes de vida (por ejemplo, que se imponga una religión obligatoria). Efectivamente, si bien es cierto que, para Gargarella, las decisiones sobre cuestiones sustantivas sólo deben estar sujetas a la regla de la mayoría, también lo es que, en la lógica de este autor, existe un área sustantiva que no podría ser objeto de regulación según la regla mayoritaria: la elección y desarrollo de planes de vida. Ello es así porque, sobre esa materia, la última autoridad debe ser el propio sujeto. En palabras de este autor: “así como no resulta aceptable que un individuo imponga su voluntad sobre la del resto, en asuntos que son del interés de todos, tampoco lo es que la comunidad imponga a alguno de sus miembros decisiones que tienen que ver con planes de vida individuales. La democracia hace posible que incrementemos nuestro poder soberano, extendiéndolo hasta la decisión de los problemas que compartimos con los demás. En cambio, si permitimos que colectivamente se decida cómo va a llevar su vida cada individuo, el objetivo inicial resultará diluido o indirectamente frustrado: queríamos ampliar la autonomía de cada uno, y terminamos ampliando la autonomía de algunos en desmedro de la autonomía de otros”<sup>151</sup>.

A estos efectos, Gargarella distingue entre “moral personal” y “moral intersubjetiva”. Según él, la primera es la que prescribe o prohíbe ciertas conductas por sus efectos sobre el propio individuo actuante, mientras que la segunda es aquella que prescribe o prohíbe ciertas conductas por sus efectos respecto de terceros<sup>152</sup>. Así, pues, dirá que en lo que se refiere a las cuestiones relativas a la moral personal o privada “(...), la intuición sería la siguiente: éstas son cuestiones respecto de las cuales el único soberano es uno mismo, el sujeto directamente involucrado en ellas. (...). En cambio, y respecto de aquellas decisiones que trascienden el ámbito de la moral privada (por ejemplo, una decisión relacionada con cómo distribuir la riqueza generada por todos), la intuición sería la siguiente: éstas son cuestiones que conciernen a un colectivo de individuos y, en principio, parece valioso que todos los agentes involucrados establezcan cómo resolverlas. Si no se escuchasen todas las voces potencialmente afectadas, la imparcialidad de la decisión que está en juego podría resultar seriamente afectada”<sup>153</sup>. Es por ello que Gargarella dirá que “en las cuestiones de moral privada –que hacen al

<sup>151</sup> Gargarella, Roberto. Op. Cit., p. 166.

<sup>152</sup> Cfr. Ibid., pp. 166-167.

<sup>153</sup> Ibid., pp. 167-168.

modo en que cada persona quiere vivir su propia vida— ni las autoridades políticas ni los jueces deben tener poder de injerencia. Tales autoridades sólo pueden intervenir, limitadamente, respecto de cuestiones de moral pública”<sup>154</sup>.

Consecuentemente, según esta lógica, los jueces constitucionales también estarían legitimados para evaluar si las decisiones mayoritarias son o no intervencionistas y, en caso de serlo, garantizar que se mantenga indemne ese espacio donde el único soberano debe ser uno mismo. Resáltese, sólo preservar los linderos de esa zona más no intervenir en la misma. En palabras de Gargarella: “el poder judicial podría desempeñar un papel importante en este tipo de cuestiones. Ello, por ejemplo, contribuyendo a defender a la ciudadanía contra la imposición de leyes perfeccionistas”; aunque, y esto es importante, “esto no querría decir, como algunos parecen entender, que el poder judicial debería pasar a ser el último órgano decisor —en lugar del poder legislativo— en materias vinculadas con la privacidad. La idea es, más bien, que en tales materias los únicos soberanos deben ser los mismos individuos: ni el poder judicial ni los órganos políticos estarían justificados para reemplazar la decisión de cada sujeto respecto de sus propios ideales de virtud. La tarea de los magistrados, en todo caso, podría ser la de mantener la integridad de la autonomía de los individuos”<sup>155</sup>. Asegurar, entonces, que el individuo pueda tomar sus propias decisiones sobre cómo debe vivir su vida, será la segunda misión de la justicia constitucional. Por supuesto, esto también genera dudas ya que, primero, no está claro cuándo una materia corresponde a la moral privada y cuando a la pública (un ejemplo contemporáneo de esta incertidumbre sería el aborto) y, segundo, así como pueden hacerse interpretaciones extensivas sobre las condiciones necesarias para asegurar la representación, participación y discusión democrática (preocupación que viene desde la propuesta de Ely), también puede hacerse lo mismo en lo que se refiere a las condiciones que se requieren para que los individuos no vean mermada su autonomía para elegir y desarrollar planes de vida.

### **3.3 La estricta sujeción a la ley “procesal”: los aspectos procesales de la práctica judicial.**

A diferencia del enfoque sobre la estricta sujeción a la ley visto hasta ahora (que podría decirse que, en general, está referido a la ley material o sustantiva), varios autores han puesto también énfasis en el sometimiento a la ley procesal como criterio de legitimidad de la labor judicial. Es decir, al margen de las normas jurídicas “preexistentes” que establecen las soluciones que resuelven las controversias (la ley material), las posiciones que se presentarán a continuación entienden que, a los efectos de evaluar la legitimidad

<sup>154</sup> Gargarella, Roberto. Op. Cit., p. 168.

<sup>155</sup> Ibid., p. 171.

de la función jurisdiccional, es tanto o más importante observar el sometimiento por parte del juez de la causa a las normas jurídicas “preexistentes” que fijan las condiciones en las que debe ser llevado el proceso judicial (la ley procesal). La idea de este enfoque es que el sometimiento a este tipo de normas, al final, asegura que el fallo del juez no aparezca como arbitrario.

La primera posición a citar es la de Ferrajoli. Para este autor, el criterio de legitimidad sustancial (el sometimiento a la ley “válida”), se complementa con las exigencias procesales que, de acuerdo con este autor, se le imponen al juez a los efectos de reducir su poder discrecional. Efectivamente, como explica Ferrajoli, la segunda consecuencia de haber asumido el paradigma del Estado constitucional de Derecho es “el reforzamiento de las garantías penales y procesales que hoy viene impuesto, como fuente de legitimación del poder de los jueces (...), precisamente por la comprobada amplificación que han experimentado el papel y los espacios de la jurisdicción”<sup>156</sup>. Para este autor, entonces, el pleno respeto de las garantías penales y procesales, son condiciones irrenunciables de la legitimidad democrática de la actuación de los órganos judiciales. Y es que de no ser así, como él mismo dice, “el poder de los jueces se transforma en lo que Montesquieu llamó el poder más odioso”<sup>157</sup>. Vale decir, las garantías procesales lo que persiguen es asegurar que los jueces cumplan, en el ejercicio de sus funciones, con someterse al imperio de la ley “válida”. Así, pues, para Ferrajoli, “(...), las garantías penales y procesales son técnicas que no sólo limitan los poderes de los jueces sino que también los sujetan a su función cognoscitiva”<sup>158</sup>. Cómo lo hacen, eso es algo sobre lo que él no se pronuncia.

Esta apuesta por las garantías procesales como criterio de legitimidad de la actuación de los jueces es destacada también por Andrés Ibáñez. En efecto, este autor parte de considerar dos cosas: (i) que los jueces y tribunales, dado el innegable poder discrecional que poseen, tienen la necesidad de autolegitimarse en el ejercicio de su propia función de administrar justicia<sup>159</sup>; y (ii) que, a esos efectos, “resulta insuficiente el criterio de justificación puramente técnico que aportaba al trabajo del juez el hecho de haber sido seleccionado mediante oposición, precisamente por la constatación de que su función ya no es asépticamente aplicativa”<sup>160</sup>. Es decir, de acuerdo con Andrés Ibáñez, dado que los jueces no se limitan a realizar sus funciones según el método silogístico (sólo en éste sería “asépticamente aplicativa”), no basta que su designación haya sido el resultado de un riguroso proceso de selección destinado a evaluar sus aptitudes

<sup>156</sup> Ferrajoli, Luigi. “Jurisdicción y democracia”..., p. 216.

<sup>157</sup> Ibid., p. 217.

<sup>158</sup> Ibid., p. 217.

<sup>159</sup> Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto y Claudio Movilla Alvarez. Op. Cit., p. 27.

<sup>160</sup> Ibid., p. 27.

profesionales, para afirmar que los mismos cuentan con legitimidad en el ejercicio de sus funciones. En otras palabras, que la función judicial sea ejercida se supone por los más capaces (esa es la idea que está detrás del sistema de oposiciones), no es criterio suficiente para dotar de legitimidad democrática a la misma. Será necesario, pues, proponer algún criterio adicional (y esto es conveniente resaltarlo, no se dice que el criterio técnico no “contribuya a...”, tan sólo se dice que es “insuficiente”).

Pues bien, para Andrés Ibáñez, ese criterio adicional viene a ser el respeto por parte del juez, en el ejercicio de sus funciones, de las reglas procesales elementales. Efectivamente, apoyándose en Trocker, este autor afirmará que la legitimidad del Poder Judicial, antes que del modo en que resultan reclutados sus componentes, provendrá “(...) de la manera en que están llamados a ejercer la propia función. Fuerza y al mismo tiempo límite de la función judicial (...) son el respeto de precisas garantías en el plano procesal y formal. De este modo, será a través de la rigurosa observancia del régimen de garantías constitucionalmente previsto, y del fiel cumplimiento de las exigencias procedimentales, es decir, de la observancia de la inmediación, de la efectividad del contradictorio, del respeto al principio de la presunción de inocencia en sus múltiples proyecciones, de la autenticidad en la motivación de las resoluciones... como puede y debe legitimarse un juez. Es decir, por la incorporación plena de los valores inspiradores de la disciplina constitucional del proceso a su práctica jurisdiccional. Soportando por tanto en primera persona las consecuencias deslegitimadoras de una posible actitud de signo contrario en ese plano”<sup>161</sup>. Es decir, para Andrés Ibáñez, los jueces y tribunales no se legitiman únicamente por sus calificaciones o cualidades, ni mucho menos por respetar escrupulosamente la ley sustancial (algo que, como se verá en el punto 4., resulta ser muy discutible), sino por llevar a cabo su proceso de decisión respetando las normas que garantizan que la decisión final, sea el sentido que sea de la misma, aparezca como el resultado de un proceso transparente, imparcial y motivado, guiado por el juez predeterminado por la ley y en el que las partes en disputa han tenido la posibilidad de argumentar y contra-argumentar a favor de sus respectivas posiciones (efectividad del contradictorio). Será, pues, el respeto de las garantías procesales señaladas (lo que vuelve su posición menos gaseosa que la anterior), lo que le permitirá al juez presentar su actividad como no arbitraria y, por ende, como legítima.

Otro autor que ha resaltado la importancia del sometimiento a la ley procesal como criterio de legitimidad es Prieto Sanchís que, al fijarse en un dato no señalado por los autores precedentes, entiende que los aspectos procesales de la práctica judicial son los únicos criterios posibles para evaluar la legitimidad de la actuación de los jueces y

---

<sup>161</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto y Claudio Movilla Alvarez. Op. Cit., pp. 27-28.

tribunales en aquellos supuestos en los que éstos se ven compelidos a actuar con discreción fuerte (es decir, a crear Derecho) a los efectos de resolver la controversia sometida a su consideración (por ejemplo, los casos de lagunas normativas). Efectivamente, este último, al igual que Ferrajoli, considera que “la jurisprudencia obtiene su legitimidad del fiel cumplimiento de los valores, principios y normas que forman el ordenamiento jurídico” pero, a su vez, también es consciente que “las decisiones judiciales presentan con frecuencia una dimensión creativa, y es claro que en lo que dichas decisiones tienen de producción jurídica en sentido fuerte no pueden justificarse invocando la ejecución de un Derecho superior” (es decir, no pueden legitimarse invocando la sujeción a la ley); motivo por el cual “a partir de aquí se abre la responsabilidad política del juez; de un juez que se configura como un órgano legitimado para efectuar esa labor merced a las garantías formales y procedimentales (...) y que, en cierto modo, compensan su falta de representatividad democrática. En esas garantías reside el segundo fundamento de legitimidad del Derecho judicial”<sup>162</sup>. Es decir, en tanto existen casos en los que el juez no puede alegar que está aplicando la ley material para resolver la controversia que está en sus manos (porque, por ejemplo, no existe una norma jurídica preexistente que regule el caso de autos), en esos supuestos, la fuente de su legitimidad tendrá que ubicarse en “las llamadas virtudes formales o procedimentales” y, por tanto, será “el modo de producir Derecho y la especial posición de los tribunales lo que autoriza o legitima la creación judicial”<sup>163</sup>.

¿Y cuáles son las garantías formales y procedimentales que, a criterio de Prieto Sanchís, legitiman la labor judicial? Aun cuando no las señala expresamente, es posible deducir que las mismas, para él, serán aquellas que se desprenden de la “especial posición de los tribunales” y, por tanto, de las características que definen el proceso jurisdiccional: “lo que hace que un juez sea un juez, y un tribunal sea un tribunal, no es su no creatividad y, por tanto, su pasividad en el plano sustancial, sino más bien su pasividad procesal, es decir, la conexión de su actividad decisional con los casos y controversias, y especialmente con las “partes” que aparecen en tales casos concretos, lo que a su vez exige una actitud de imparcialidad, así como un grado suficiente de independencia”<sup>164</sup>. Como dice en otro momento apoyándose en Fuller: “lo que caracteriza a una sentencia no es tanto su pronunciamiento material o de fondo, sino la dimensión institucional que enmarca la adopción de dicho pronunciamiento; en especial, el hecho de que el órgano decisor haya de oír a las partes, contrastar las pruebas y argumentos que éstas presenten, razonar el fallo, etc., (...): las fuentes materiales que sirven de sustento a la ley y a la sentencia no constituyen el elemento central de distinción entre legislador y tribunales,

<sup>162</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho...*, pp. 255-256.

<sup>163</sup> Ibid., pp. 243-244.

<sup>164</sup> Ibid., pp. 227-228.

sino que es sobre todo la dimensión formal, el *modus operandi*, lo que singulariza a cada uno de los órganos de producción jurídica”<sup>165</sup>. De esta forma, es posible afirmar que, para Prieto Sanchís, será lo que él llama la “pasividad procesal”, es decir, el hecho de que los jueces funcionen “a pedido de parte” y a los únicos efectos de resolver una controversia pero en atención a las alegaciones del demandante y del demandado, lo que autoriza o legitima aquellos supuestos en los que éstos se ven obligados a actuar con discreción fuerte.

Guarnieri y Pederzoli también han trabajado este criterio de legitimidad y, a diferencia de todos los autores precedentes, ellos sí han señalado claramente cuáles son los aspectos procesales elementales que deben presentarse en todo proceso judicial, a los efectos de considerar el resultado del mismo como legítimo. Efectivamente, estos autores dirán que, en las actuales democracias constitucionales, el juez se ve obligado a ser cada vez más un “legislador” (por la vaguedad y amplitud de los textos constitucionales que supuestamente debe aplicar) pero que, a diferencia del real legislador (el Parlamento), desarrolla su tarea dentro de los siguientes vínculos procesales que son los que caracterizan su función: “En primer lugar, su intervención ha de ser solicitada siempre por un sujeto externo: (...); es el principio de “pasividad”. (...). Está, además, obligado a escuchar las pretensiones de ambas partes antes de formular la sentencia; es el principio de contradicción. Por último, debe necesariamente motivar los elementos de hecho y de derecho que justifican su decisión, y debe hacerlo de modo que no deje traslucir opiniones personales, para que así la sentencia pueda parecer imparcial (...)”<sup>166</sup>. Es decir, en la lógica de Guarnieri y Pederzoli, serán estas exigencias procesales (la pasividad, la contradicción y la motivación) las que, al caracterizar la función jurisdiccional, legitimarán la labor de los jueces y tribunales. Ello sería así porque, en su opinión, “el objetivo de estos principios es el de favorecer una solución eficaz del litigio, tratando de obviar el déficit de consenso siempre latente en el procedimiento judicial, reforzando sobre todo la imparcialidad –y su imagen– del juez, y vinculando sus decisiones a un sistema de normas jurídicas o, en ciertos casos, a precedentes jurisprudenciales”<sup>167</sup>.

De esta forma, estas exigencias que definen la forma como debe ser desarrollado el proceso judicial, para Guarnieri y Pederzoli, vienen a ser “un instrumento para racionalizar el ejercicio del poder” por parte del juez y, sobre todo, “contribuyen también a repartir poder, o sea, a distribuir los recursos que permiten controlar la

<sup>165</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho...*, pp. 228-229.

<sup>166</sup> Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 22.

<sup>167</sup> Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 129.

marcha del proceso entre los sujetos que participan en él”<sup>168</sup>. En esta lógica, será el estricto sometimiento a la ley procesal (en especial a las exigencias de pasividad, contradicción y motivación), más que a la material, el que asegure que el fallo del juez (constitucional u ordinario) no devenga en arbitrario. Y es que, ¿cómo podría rechazarse un fallo que ha cumplido con las exigencias derivadas del proceso, es decir, que se ha limitado a resolver lo solicitado por las partes y, sobre todo, según lo alegado por las mismas? Como se verá en el punto 5, en mi opinión, es la observancia de los criterios de pasividad (o de “no autoconvocatoria”), de contradicción y de motivación (más el de congruencia), la que nos puede dar una base meridianamente rigurosa para evaluar la legitimidad de la actuación del Poder Judicial. Este es un punto que queda, por el momento, pendiente.

#### **4. Criterios de legitimidad de la labor judicial (II): aspectos de la práctica judicial que permitirían presentarla como “democrática”.**

En el punto precedente, se han presentado los criterios de legitimidad de la labor judicial que, en sus diversas variantes, giran en torno a la exigencia de sujeción a la ley (ya sea material, ya sea procesal) o, lo que es lo mismo, a la voluntad del legislador democrático (constitucional u ordinario) que ésta supuestamente manifiesta. Ahora bien, en tanto resulta sumamente cuestionable evaluar la legitimidad de la actuación de los jueces y tribunales sólo en términos de sujeción a la ley preexistente (como se verá en el punto 5), algunos autores han señalado que la legitimidad de la actividad dirigida a resolver controversias (la judicial), en el marco del Estado constitucional de Derecho, se puede evaluar en virtud de una serie de aspectos de la misma que, al margen de la “estricta sujeción a la ley”, también permiten presentarla como “democrática”. Es decir, son posiciones que entienden que la labor judicial se “democratiza” por factores distintos (o complementarios) a la estricta sujeción a la ley.

Así, en primer lugar, se estudiará un rasgo que, para algunos, resalta la especial idoneidad de la persona del juez para desempeñar la función de juzgar: su imparcialidad o, dicho de otro modo, su “parcialidad” sólo con el Derecho (o con los derechos). Luego, se profundizará en aquella posición que entiende que el proceso judicial es, en sí mismo, un proceso alternativo de participación democrática en los asuntos públicos que, en comparación con los tradicionales (básicamente, la representación parlamentaria), está más al alcance del ciudadano común y, sobre todo, es mucho más eficaz para resolver sus problemas. En tercer lugar, se presentará una posición que apunta, como criterio de legitimidad, a un rasgo personal que, para su defensor, debe tener todo juez o

---

<sup>168</sup> Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 104.



tribunal que haga las veces de “órgano de cierre” del mecanismo judicial: ser “confiables” para la ciudadanía. Finalmente, se estudiará un planteamiento que, reconociendo el carácter de poder jurídicamente ilimitado de los jueces y tribunales (es el único que asume un punto de vista escéptico o realista), sostiene que la presencia de éstos en el seno de las democracias contemporáneas se justifica por la manera como los mismos intervienen en el proceso de formación de la ley. Todas estas posiciones serán explicadas a continuación y, tal como se hizo con el punto 3, las posibles críticas que se pudieran hacer a las mismas serán dejadas para el punto 5.

#### **4.1 La “imparcialidad” e “independencia” como criterio de legitimidad democrática: la idoneidad del juez para desempeñar las labores encomendadas en el Estado constitucional de Derecho.**

La función de garantía que, en el Estado constitucional de Derecho, se asigna a los jueces y tribunales, también encontraría fundamento en el carácter imparcial o independiente de éstos con respecto a los poderes públicos mayoritarios. Dicho en otros términos, los órganos judiciales tendrían legitimidad democrática para hacer lo que hacen (supuestamente asegurar la supremacía de la Constitución), por su especial idoneidad para cumplir con esa misión. Esta posición es defendida por autores como Ferrajoli, Zagrebelsky y Peña.

Efectivamente, como se vio en el punto 3.1.3, Ferrajoli sostiene que en el papel de garantes de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos (con las serías limitaciones señaladas en dicho acápite), está el principal fundamento de la legitimidad democrática de la jurisdicción. Pues bien, esta legitimidad se fortalece, dirá este autor, si es que se toma en cuenta que la tutela de los derechos fundamentales, precisamente, exige estar en manos de un órgano ajeno a las vicisitudes mayoritarias como el poder judicial. Ello sería así porque, al tener los derechos fundamentales carácter universal, “su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen”<sup>169</sup>. Como dijo en otro momento, “precisamente porque los derechos fundamentales, (...), son derechos “contra la mayoría”, también el poder judicial instituido para su tutela debe ser un poder virtualmente “contra la mayoría”. No se puede condenar o absolver a un ciudadano porque tal decisión responda a los intereses o a la voluntad de la mayoría”<sup>170</sup>. Vale decir, el carácter “contra-mayoritario” de los derechos fundamentales, en cuya plena vigencia residiría el carácter democrático de los actuales Estados de Derecho, en la

<sup>169</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil...*, pp. 26-27.

<sup>170</sup> Ferrajoli, Luigi. “Jurisdicción y democracia”..., p. 214.

lógica de Ferrajoli, exigiría que su tutela recaiga en un órgano también contramayoritario como el Poder Judicial.

Pero no sólo por eso, Ferrajoli también apunta que la naturaleza cognoscitiva de la labor de búsqueda de la verdad sobre los hechos, inherente a la función de resolver controversias, exige que ésta recaiga en un órgano independiente respecto a cualquier poder representativo de la mayoría: “precisamente porque la legitimidad del juicio reside en las garantías de la imparcial determinación de la verdad, no puede depender del consenso de la mayoría, que, desde luego, no hace verdad lo que es falso ni falso lo que es verdadero. Por eso, el carácter electivo de los magistrados o la dependencia de ministerio público del ejecutivo están en contradicción con la fuente de legitimación de la jurisdicción”<sup>171</sup>. Exactamente lo mismo dirá en relación con la función de control de la legalidad de la actuación de los poderes públicos: “el juez, al tener atribuido el control de legalidad sobre los actos inválidos y los actos ilícitos que pudieran ser cometidos también por los titulares de los poderes públicos, no puede tener respecto a ellos ninguna relación de dependencia”<sup>172</sup>. De esta forma, pues, los jueces y tribunales tendrían legitimidad democrática, no sólo por sujetar su actuación a lo dispuesto por la ley válida, sino también por ser los órganos más idóneos: (i) para cumplir con la función de resolver controversias, y (ii) para controlar que los poderes mayoritarios cumplan, en el ejercicio de sus funciones, con respetar la llamada por Ferrajoli “esfera de lo no disponible” (con las limitaciones, repito, señaladas en el punto 3.1.3) marcada por la tutela de los derechos fundamentales y por la observancia obligatoria del principio de legalidad.

Un planteamiento cercano al de Ferrajoli, en este punto, es el de Zagrebelsky. Como se dijo en el punto 2.2.2, de acuerdo con este autor, los derechos fundamentales, al no tener fundamento o justificación democrática (existen y son válidos por su especial condición y no porque la mayoría así lo quiere), no podrían estar sujetos tampoco, en su configuración específica, a las vicisitudes mayoritarias y, por tanto, el Parlamento ya no tendría un rol preponderante a la hora de determinar su contenido. Evidentemente, esto supone que, en el modelo de Estado constitucional “a secas”, esta tarea se traslada legítimamente al órgano encargado de velar por el respeto de los derechos humanos, es decir, al Poder Judicial o, dependiendo del sistema que se esté tratando, al Tribunal Constitucional<sup>173</sup>. Pues bien, lo interesante del planteamiento de Zagrebelsky es que defiende este traslado de poder al Poder Judicial. La razón que invoca para justificar y legitimar ello es, precisamente, el carácter imparcial de los jueces y tribunales. Como

<sup>171</sup> Ferrajoli, Luigi. “Jurisdicción y democracia”..., p. 214.

<sup>172</sup> Ibid., p. 215.

<sup>173</sup> Cfr. Asís Roig, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*..., pp. 92-93.

explica Asís, para Zagrebelsky “existen una serie de contenidos éticos que identifican lo que puede ser denominado como Derecho desde las constituciones. Pues bien, independientemente de su determinación o indeterminación, las decisiones de cualquier tipo que se apoyen en ellos deben ser desinteresadas, es decir, imparciales. Siendo así que el parlamento no puede ser considerado imparcial o desinteresado y que cuenta con móviles de tipo político, hecho este que no ocurre con el poder judicial, es este último el que cuenta con la legitimidad para pronunciarse sobre tales asuntos”<sup>174</sup>.

Finalmente, en este punto también se puede ubicar a Peña. Efectivamente, para este autor, los jueces y tribunales cuentan con legitimidad democrática pero en el contexto de las llamadas “democracias constitucionales”, es decir, aquellas que incorporan en sus constituciones a los derechos fundamentales como límites a las decisiones “qué” y “qué no” pueden adoptarse por mayoría o, lo que es lo mismo, en aquellas que estatuyen a los derechos fundamentales como un mecanismo en defensa de las minorías. Es decir, acepta que la presencia de Poder Judicial es incompatible con la noción de democracia en su sentido tradicional, es decir, entendida como el ilimitado gobierno del pueblo a través de sus representantes electos y por medio de la regla de la mayoría. Vale decir, para Peña, los jueces y tribunales sólo tienen legitimidad democrática si es que se entiende la democracia como “el gobierno de las mayorías respetando a las minorías”, sentido que es garantizado por los derechos fundamentales y que es el que está implícito en la lógica del Estado constitucional de Derecho<sup>175</sup>.

De esta forma, en primer lugar, argumentará que el poder judicial cuenta con “legitimidad democrática” porque constituye un mecanismo de defensa de las minorías (o de los derechos) y, por consiguiente, del mantenimiento de la democracia misma. En palabras de Peña: “(…), la tutela judicial efectiva de las pretensiones que se dirigen a la jurisdicción puede ser entendida como un mecanismo para la defensa de los individuos, de las minorías y de sus derechos frente a la acción política mayoritaria”<sup>176</sup>. Y ello tiene que ser así porque, dirá Peña, los jueces y tribunales, a diferencia de los otros poderes del Estado, constituyen un poder que es ajeno a las vicisitudes mayoritarias: “para evitar que una mayoría afecte a los derechos intangibles de los individuos o disminuya las posibilidades de alternancia o la revisabilidad de sus decisiones y opciones políticas se hace preciso asegurar el respeto a las reglas que disciplinan y limitan el propio juego democrático mediante la instauración por parte de la constitución de un poder que esté situado al margen del poder político mayoritario al que se pretende controlar”<sup>177</sup>. Queda

<sup>174</sup> Asís Roig, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho...*, p. 95.

<sup>175</sup> Cfr. Peña Freire, Antonio Manuel. Op. Cit., pp. 240-241.

<sup>176</sup> Ibid., p. 241.

<sup>177</sup> Ibid., p. 241.

claro, entonces, que en la lógica de este autor, los jueces y tribunales cuentan con legitimidad democrática porque supuestamente son “independientes”... y lo serían porque, a diferencia de los demás poderes, ellos tienen por interés únicamente la tutela del Derecho.

Efectivamente, este autor, al igual que Ferrajoli, considera que los jueces y tribunales cumplen una función de garantía en el marco del Estado constitucional de Derecho<sup>178</sup>. Es decir, según este autor, la tarea de los jueces es asegurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Esta especial finalidad sería la que los caracterizaría frente a los demás poderes. Estos diferirían, pues, en el “interés tutelado”: “(...), la actividad legislativa se puede entender orientada a los intereses de la mayoría, la administrativa a las directrices vinculantes de los órganos legislativos o de los superiores jerárquicos, y, en el caso de la actividad negocial, es manifiesto el interés de las partes: (...). Frente a estos rasgos específicos de cada poder respecto del interés tutelado, la actividad jurisdiccional puede caracterizarse por estar únicamente vinculada al interés del derecho, que no es otro que la garantía, esto es, la tutela de los derechos e intereses lesionados. Es, por lo tanto, a partir de este principio que entendemos posible la caracterización de la función jurisdiccional como la que ejerce la garantía de cierre del sistema mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes o los propios individuos hubieran podido incurrir”<sup>179</sup>. Como se puede apreciar, para este autor, la actividad jurisdiccional, la que hacen los jueces, se caracteriza por dos notas: (i) está vinculada únicamente por el interés del Derecho “garantista”, es decir, la tutela de los derechos fundamentales; y (ii), precisamente por ello, es —o tiene que ser— el órgano de cierre del sistema encargado de corregir las desviaciones “no garantistas” de los otros poderes del Estado o privados (que no actúan en función del interés del Derecho garantista). En la lógica “garantista”, de acuerdo con Peña, sólo puede ser el juez el encargado del control, en última instancia, de la constitucionalidad de la actuación de los demás poderes públicos. Su especial interés tutelado así lo exigiría.

#### **4.2 El proceso judicial como mecanismo de participación democrática.**

Varios autores, a los efectos de rechazar el supuesto carácter antidemocrático del Poder Judicial, han apuntado la posibilidad de presentar al proceso judicial, en sí mismo, como un mecanismo alternativo de participación democrática en los asuntos públicos. La idea de este enfoque es que en una democracia constitucional, donde el poder está dividido, las minorías políticas —y, en general, los individuos—, a los efectos de satisfacer sus

<sup>178</sup> Cfr. Peña Freire, Antonio Manuel. Op. Cit., p. 227.

<sup>179</sup> Ibid., p. 229.

intereses individuales o de grupo, no sólo tienen expedito el camino tradicional de la representación parlamentaria, sino que también pueden optar por la vía del proceso judicial. De esta forma, para esta perspectiva, el proceso político de toma de decisiones no sólo se circunscribiría a la representación, participación y votación parlamentaria (signada por la regla de la mayoría) sino que, además, abarcaría la postulación, debate y resolución de una demanda en sede judicial.

Un autor que ha trabajado esta idea es Peña quien, además de lo señalado en el punto precedente, defenderá el carácter democrático de la función judicial –y, por ende, la legitimidad democrática de los jueces y tribunales– alegando que la misma constituye el mecanismo de participación en los asuntos públicos más adecuado para aquellos sujetos que tradicionalmente se encuentran excluidos de los canales ordinarios de participación democrática (por ejemplo, las minorías que carecen de representación parlamentaria o que, a pesar de tenerla, no cuentan con el poder suficiente como para que sus intereses sean realmente tomados en cuenta). Efectivamente, para este autor, “la función jurisdiccional puede llegar a configurarse como un instrumento para la expresión política de derechos e intereses olvidados por el legislador en sus valoraciones políticas y, de este modo, en una forma de participación en asuntos públicos. La jurisdicción, (...), puede operar como un canal de contacto con las instituciones de minorías excluidas del circuito político y como un instrumento de refuerzo del nivel de participación y de representatividad del conjunto del sistema democrático”<sup>180</sup>. Es decir, según este autor, el juez no sólo tiene legitimidad democrática por ser el órgano más idóneo para defender al núcleo de la democracia misma (los derechos fundamentales), sino también porque el proceso judicial en sí mismo constituiría una modalidad de participación política de los individuos. Sería, pues, un espacio a través del cual aquellos que se encuentran excluidos del sistema de representación político-mayoritario, podrían hacer efectivas sus demandas y exigencias al sistema político en general. En esta lógica, la jurisdicción sería un mecanismo de reforzamiento de la democracia.

Esta idea de presentar al proceso judicial como un mecanismo más de participación democrática, también ha sido resaltada por Prieto Sanchís. En efecto, además de apostar como criterio de legitimidad por el sometimiento del juez a las exigencias procesales básicas, este autor destacará que “(...), incluso resulta posible concebir el propio proceso judicial como una forma de participación ciudadana en la producción del Derecho”<sup>181</sup>. Y ello por dos razones. Primero porque, en la lógica Kelseniana, los derechos subjetivos implican la facultad en manos de los individuos de poner en marcha el proceso judicial entendido como un proceso (“político”) orientado a la creación de

<sup>180</sup> Peña Freire, Antonio Manuel. Op. Cit., pp. 241-242.

<sup>181</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho...*, p. 245.

una norma jurídica individual o, eventualmente, de una norma jurídica general; y, segundo, y más importante, porque, siguiendo a Shapiro, dirá que la justicia ofrece posibilidades para facilitar protección y participación a los grupos más o menos marginados del proceso político ordinario<sup>182</sup>. Así, pues, para Prieto Sanchís, “(...) no cabe duda que, si bien el proceso ofrece fórmulas de participación muy tasadas y rigoristas, por su peculiar estructura puede servir también para que valores e intereses no protegidos por el legislador puedan penetrar en el sistema jurídico, propiciando con ello la integración social”<sup>183</sup>. Es decir, al igual que Peña, Prieto Sanchís también resalta lo útil que puede ser el proceso judicial para las minorías políticas (ya sean parlamentarias, ya sean extraparlamentarias) quienes, a través de éste, pueden conseguir que se hagan efectivos aquellos valores e intereses rechazados por la regla de la mayoría (la lógica del Parlamento). Y ello, para este autor, convertiría al proceso judicial en un mecanismo de integración social ya que, se sobreentiende, permitiría a las minorías políticas salir de la marginación o exclusión social.

De esta situación también han dado cuenta Guarnieri y Pederzoli. Estos autores, a diferencia de los precedentes, dirán que más allá de que pueda verse o no al proceso judicial como un mecanismo de participación política, lo cierto es que en las sociedades democráticas contemporáneas, de hecho, ya viene siendo utilizado de esa forma por los diferentes agentes sociales que, a través del mismo, pretenden alcanzar los objetivos políticos que no pudieron hacer efectivos en el ámbito parlamentario (ya sea porque no pudieron acceder al mismo, ya sea porque habiendo accedido no consiguieron los apoyos necesarios)<sup>184</sup>. Es decir, para Guarnieri y Pederzoli, no sólo es que pueda presentarse al proceso judicial como un mecanismo más de participación democrática, sino que de hecho ya lo es. En sus propias palabras: “La “sed de derechos” individuales y colectivos, alimentada no sólo por el constitucionalismo liberal, sino también por el Estado social, se dirige con mayor frecuencia a los tribunales para intentar hacer valer pretensiones que no han obtenido respuesta en otras sedes. El recurso al juez puede constituir un instrumento de participación en el proceso político, y tiende en efecto a serlo. Suponiendo que tengan la intención de asumir tal tarea, los tribunales se prestan a ser utilizados como auténticos canales de articulación de las demandas políticas, junto a los canales institucionales clásicos y, en no pocos casos, en competencia con ellos

<sup>182</sup> Cfr., Prieto Sanchís, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho...*, p. 245.

<sup>183</sup> Cfr., *Ibid.*, p. 245.

<sup>184</sup> Ellos plantean este fenómeno de la siguiente forma: “se asiste así a la tendencia a transferir al terreno judicial demandas, que no han sido oídas en otras sedes o que han obtenido respuestas negativas, encaminadas a hacer valer derechos o incluso a afirmar nuevas exigencias, cuyo alcance va más allá del interés personal del actor individual que promueve la acción” (Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. *Op. Cit.*, p. 88).

(...)”<sup>185</sup>. La jurisdicción, no cabe duda ya, es de hecho un mecanismo de participación política.

Por supuesto, este uso en clave “participativa” del proceso judicial, en las democracias contemporáneas, se ve potenciado porque, como señalan Guarnieri y Pederzoli, a esos efectos, “los tribunales ofrecen ventajas nada desdeñables a sus potenciales usuarios: en principio son más abiertos que las otras instituciones políticas, desde el momento en que los individuos no tienen necesidad de controlar recursos estratégicos para tener acceso a ellos; además, al no poder “denegar justicia” están obligados en cualquier caso a dar una respuesta a las demandas que reciben; y, por último, los tribunales están muy articulados en el territorio y por eso son más accesibles, porque el poder judicial es un poder que está mucho más difundido que los otros”<sup>186</sup>. Es decir, incluso podría afirmarse que el proceso judicial es mucho más “democrático” que el proceso parlamentario en tanto que es más asequible para los individuos que el segundo. Además, en mi opinión, a esta lista habría que agregar una gran ventaja del proceso judicial frente al proceso legislativo: para obtener un resultado favorable en el primero no hay que negociar nada y tan sólo es necesario convencer al juez –y, eventualmente, a un tribunal–, mientras que en el proceso parlamentario es necesario negociar políticamente y conseguir el apoyo de la mayoría (en algunos casos, incluso de una “calificada”). Consecuentemente, en esta lógica, no sólo es que sea más democrático, sino que, para el individuo y las minorías, el proceso judicial resulta ser mucho más eficaz. Así, pues, no resulta difícil entender que tanto para las minorías parlamentarias como para las extra-parlamentarias –y, en general, para los individuos–, el recurso al juez aparezca “como uno de los posibles canales de articulación de las demandas políticas”<sup>187</sup> o, lo que es lo mismo, “como un importante instrumento de participación en el proceso político (...), que se presta a legitimar, al menos en cierta medida, el papel en sí mismo político que asume la justicia”<sup>188</sup>.

Ahora bien, es evidente que esta forma de entender y presentar al proceso judicial, no es independiente de una manera particular de entender a la democracia. En la lógica de Peña, por ejemplo, sí tiene sentido presentar el recurso al juez como un proceso democrático en sí mismo porque, como se ha visto, él entiende a la democracia no como el ilimitado gobierno de la mayoría sino según la lógica “garantista”; es decir, como aquel régimen político que incorpora en su constitución a los derechos fundamentales como límites a las decisiones “qué” y “qué no” pueden adoptarse por mayoría o, lo que

---

<sup>185</sup> Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 24.

<sup>186</sup> Ibid., p. 24.

<sup>187</sup> Ibid., p. 91.

<sup>188</sup> Ibid., p. 85.

es lo mismo, como aquel régimen que estatuye a los derechos fundamentales como un mecanismo en defensa de las minorías (que, como se dijo, es la concepción defendida por Ferrajoli). Así, pues, en este marco, es posible entender que la función jurisdiccional –que, en este planteamiento, está dirigida a poner en marcha los derechos fundamentales–, sea en sí misma un proceso democrático: a través de ella, los grupos minoritarios o excluidos del sistema parlamentario o gubernamental, le recuerdan a los grupos mayoritarios cuáles son sus obligaciones democráticas en el marco del Estado constitucional de Derecho. Es decir, de acuerdo con esta posición, el proceso judicial posibilitaría que las minorías políticas (parlamentarias o extraparlamentarias) participen en el asunto público más importante: la toma de decisiones relativas a cómo poner en marcha los derechos fundamentales. En esta lógica, el proceso judicial sería democrático porque, a través de él, el núcleo de la llamada democracia constitucional se haría efectivo, aun contra la voluntad de las mayorías políticas circunstanciales.

Esta relación también ha sido puesta de manifiesto por Guarnieri y Pederzoli que, profundizando en este aspecto, entienden que la utilización del poder judicial como un canal de participación democrática depende a su vez de la concepción sobre la democracia que esté detrás. Efectivamente, a estos efectos, los autores diferencian dos modelos de democracia: el mayoritario y el consensual o proporcional. De esta forma, dirán que “en el primero se tiende a concentrar el poder en manos de la mayoría, mientras en el segundo el poder está dividido, limitado y participado, aunque con modalidades diferentes en cada caso. Por ello, en las democracias mayoritarias, donde el poder ejecutivo, por definición fuerte y eficaz, es más capaz de responder a las demandas de los ciudadanos, la justicia desempeñará un papel limitado. Así pues, en las democracias proporcionales corresponde a la magistratura, al menos potencialmente, un papel más importante”<sup>189</sup>. Está claro, entonces, que en una concepción mayoritaria de la democracia (como la que está detrás de la concepción tradicional) no hay lugar para configurar al proceso judicial como un proceso de participación democrática. Ahí el poder político está concentrado en el Parlamento o en el Ejecutivo y, por tanto, la acción política va dirigida –tiene que ir– a éstos. Algo diferente a lo que sucede en el esquema consensual o proporcional (el de la democracia constitucional) que, al dividir y limitar el poder, como dicen los autores, admite “la judicialización de la política, es decir, el crecimiento del poder judicial” y, por tanto, “permite disponer de métodos de toma de decisiones distintos de los mayoritarios, los que suelen implicar al parlamento y al gobierno”<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 140.

<sup>190</sup> Ibid., p. 140.



### 4.3 La “confiabilidad” en el juez como criterio de legitimidad democrática.

Este planteamiento es el del profesor Ernesto Garzón Valdés. Efectivamente, de acuerdo con este autor, la legitimidad de los jueces y tribunales, en tanto se constituyen en el órgano de cierre del sistema, proviene en última instancia de su “confiabilidad”. Así, pues, para él, si los órganos judiciales son confiables, en especial aquellos que tienen el poder de decir “la última palabra”, sus decisiones generarán adhesión interna por parte de la ciudadanía y, por tanto, serán legítimos ante los ojos de ésta. Y, por supuesto, sucederá todo lo contrario si, por alguna u otra razón, pierden la confianza de la población. La clave, entonces, para entender esta posición está en profundizar en el sentido del término “confiabilidad”.

El punto de partida del razonamiento de Garzón Valdés está en sostener que, en las sociedades democráticas, los jueces y tribunales garantizan la estabilidad del sistema político y, como tal, cumplen una función de “inspector de calidad”. En efecto, de acuerdo con este autor, la función principal de los jueces, en todo sistema político, es asegurar que los que detentan el poder político guíen su comportamiento según las normas básicas del sistema; garantizando, de esta forma, la estabilidad del mismo<sup>191</sup>. Pues bien, Garzón Valdés afirmará que esta labor, en los regímenes democráticos, exigirá por parte del juez “una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema, es decir, que sea partidario incondicional de las mismas”<sup>192</sup> y, como tal, que tenga autonomía o independencia frente al poder político o, lo que es lo mismo, que la adhesión a las normas básicas del sistema democrático (la constitución) no esté condicionada por factores prudenciales, tales como la negociación y el compromiso, los mismos que son propios del ámbito de la política<sup>193</sup>. Y si ello es así, para este autor, estarán claramente diferenciados los ámbitos político y judicial, ya que quedará en manos del primero la expresión de la voluntad popular (según los criterios prudenciales señalados) y en el segundo la tarea de “poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad”<sup>194</sup>. De esta forma, pues, dada la función que cumple asegurando la estabilidad del sistema democrático, en el planteamiento de Garzón Valdés, “el juez es, en este caso, una especie de “inspector de calidad”, es decir, es el encargado de evaluar y controlar la conducta gubernamental y legislativa de acuerdo con las pautas constitucionales”<sup>195</sup>.

<sup>191</sup> Cfr. Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”..., p. 129.

<sup>192</sup> Ibid., p. 129.

<sup>193</sup> Cfr. Ibid., p. 130.

<sup>194</sup> Cfr. Ibid., p. 131.

<sup>195</sup> Ibid., p. 131.

Ahora bien, este papel de “inspector de calidad” plantea el siguiente problema: el Legislativo y el Ejecutivo son responsables frente al Judicial pero ¿éste frente a quién es responsable? Vale decir, ¿quién garantiza la calidad del trabajo del inspector de calidad? Es en este punto donde Garzón Valdés introduce el concepto “confiabilidad” a los efectos justificar y legitimar la labor que desempeñan los tribunales supremos (y, en general, todo órgano judicial que cumpla la función de órgano de cierre), en tanto “inspectores de calidad” que tienen el poder de decir “la última palabra”. Efectivamente, éste parte de reconocer que los jueces de las Cortes Supremas o de los Tribunales Constitucionales se encuentran liberados de dar cuenta de sus decisiones y, como tal, no son democráticamente responsables. No obstante, para él ese dato no es relevante ya que “lo importante es que sean confiables en el sentido de que adoptan buenas decisiones desde el punto de vista democrático-constitucional. La confiabilidad en la corrección de las decisiones depende de la confianza por parte de la ciudadanía (electores y gobernantes) en que los jueces prestan su adhesión incondicionada a la Constitución democrática, que es la que proporciona el “respaldo justificante” de la decisión judicial. La última palabra judicial no pende en el aire sino que se apoya en los principios y reglas básicas del sistema político. Esta confiabilidad es puesta a prueba en cada decisión del tribunal supremo (o constitucional) y sólo se da si existe, por lo general, coincidencia entre la interpretación constitucional del tribunal y la interpretación que sustenta la *communis opinio*, al menos de los afectados por esa interpretación”<sup>196</sup>.

Como se puede apreciar, para Garzón Valdés la justificación –y la legitimidad– de la labor de los tribunales supremos dependerá de su “confiabilidad”, es decir, de que generen confianza en la ciudadanía de que profesan una adhesión incondicionada (o no condicionada por factores prudenciales) a la Constitución democrática y, como tal, que sus fallos son correctos desde el punto de vista constitucional. Es decir, el criterio de legitimidad no consiste en comprobar “objetivamente” la llamada “sujeción a la ley democrática” (algo que, creo, es sumamente difícil) sino, y nótese la sutil diferencia, en la “subjetiva” creencia generalizada (es decir, la confianza) de que los fallos reproducen fielmente la voluntad democrática expresada en el texto constitucional (aun cuando, de hecho, no lo hagan). Si esto último ocurriera, se deduce del planteamiento de este autor, las decisiones de los tribunales supremos, sea el sentido que sea de las mismas, generarán adhesión en la ciudadanía y, como tal, contarán con legitimidad a los ojos de ésta. Lo interesante de este planteamiento es que Garzón Valdés propone un criterio para evaluar el grado de confiabilidad de los órganos de cierre del sistema judicial: la correspondencia entre la interpretación constitucional y la “*communis opinio*”. Así,

---

<sup>196</sup> Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”..., p. 132.

pues, dirá que “esta confiabilidad puede verse severamente afectada por (...) una reiterada o permanente divergencia entre los fallos del tribunal constitucional o de las cortes supremas y la *communis opinio*, que puede conducir a la pérdida de confiabilidad por parte de la ciudadanía”<sup>197</sup>. El problema, entonces, está en determinar qué se entiende o, mejor aún, cómo se genera la mencionada “*communis opinio*”. Desafortunadamente, éste es un asunto que no es desarrollado por Garzón Valdés.

No obstante, y esto es conveniente resaltarlo, esto no quiere decir que, para Garzón Valdés, no exista un “parámetro” para determinar la legitimidad de la labor judicial e, incluso, de la *communis opinio*. Y es que, para él, como se dijo en el punto 1, la legitimidad viene a ser un concepto prescriptivo que se evalúa según la conformidad o no con la “moral esclarecida” o, lo que es lo mismo, con ciertas “verdades morales universales” (como se recordará, para él, la adhesión interna tan sólo da “legitimación”). Por esta razón, en su planteamiento, la función de los jueces supremos no es ilimitada sino que, por el contrario, la circunscribe a controlar la intangibilidad de lo que él llama el “coto vedado” a la discusión y negociación legislativa y/o gubernamental<sup>198</sup>; es decir, a los principios y reglas que, al tener carácter moral, escapan al poder de decisión de los ciudadanos y, por tanto, que le confieren, según Garzón Valdés, “carácter moral al orden republicano o, si se quiere, democrático liberal, y le garantizan su función moralizante”<sup>199</sup>. Ello es así porque, en sus propias palabras: “Este “coto vedado” es el que fija, por exclusión, el ámbito de la decisión política. El ciudadano de un Estado democrático es un *homo suffragans restrictus*: sólo le está permitido negociar y decidir por mayoría aquellas cuestiones que no caen dentro del ámbito del “coto vedado”. Este se refiere a aquellos intereses y deseos primarios de las personas que no pueden ser afectados si no se quiere caer en (...) el “dominio de la mayoría”, es decir, el poder totalitario del mayor número: (...). El ámbito de la política es el de los intereses y deseos secundarios de los ciudadanos. Así como al *homo suffragans* le está prohibido el ingreso en el “coto vedado”, así también a los tribunales constitucionales les está prohibido ingresar en el ámbito de la negociación y decisiones políticas”<sup>200</sup>.

En tal sentido, si se toma en cuenta lo señalado en el párrafo precedente y se junta con lo dicho en el que le antecede, se tiene que llegar a la conclusión que, para Garzón

<sup>197</sup> Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”..., p. 132.

<sup>198</sup> Ibid., p. 133.

<sup>199</sup> Garzón Valdés, Ernesto. “Algunas consideraciones acerca del deber de obediencia al Derecho según Elías Díaz (A propósito de Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política)”. En: *Revisión de Elías Díaz, sus libros y sus críticos*. Liborio Hierro, Francisco Laporta y Alfonso Ruiz Miguel (editores). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 424.

<sup>200</sup> Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”..., p. 133. Sobre las verdades morales universales que le dan legitimidad al sistema y su relación con el “coto vedado” véase: (i) Garzón Valdés, Ernesto. “Acerca del concepto de legitimidad”..., pp. 364-365; y (ii) Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, Ética y Política*..., pp. 466-470.

Valdés: (i) la confiabilidad –y, por ende, la legitimidad– de los jueces y tribunales, al final, dependerá de qué tanto se ciñan a su función de inspector de calidad del “coto vedado”; pero (ii), si la confiabilidad a su vez depende de la correlación entre interpretación constitucional y “communis opinio”, entonces resulta que la identificación del coto vedado, al final, dependerá de lo que sobre el mismo la communis opinio disponga. Es decir, no se sabe en qué consiste la communis opinio pero, al menos, se sabe que, sea como fuere que se forme, será la encargada de delimitar los contornos claramente difusos entre “intereses y deseos primarios” e “intereses y deseos secundarios” y, por tanto, de identificar “aquellos derechos derivados del principio de igualdad básica y de la superación y/o compensación de las desigualdades accidentales” (que es como Garzón Valdés describió al coto vedado en otro trabajo)<sup>201</sup>. Consecuentemente, la confiabilidad en los jueces por parte de la ciudadanía, en la lógica de Garzón Valdés, al final, dependerá de la conformidad de los fallos judiciales con la interpretación que la communis opinio haga de las normas jurídicas que, de acuerdo con ella misma, forman parte del coto vedado. La clave, entonces, sigue estando en cómo hacer para identificar la “communis opinio”, asunto sobre el que, como se dijo, Garzón Valdés no dice nada.

#### **4.4 La forma como interviene el Poder Judicial en la formación de la ley.**

Como se dijo al finalizar el punto 2.3, Troper sostiene (en posición que comparto) que el sentido de la democracia compatible con la presencia de Poder Judicial es uno donde forzosamente se sobreentiende que los jueces y tribunales contribuyen a la expresión de la voluntad general. Pues bien, para este autor, ese papel que cumpliría el Poder Judicial en la formación de la ley estaría justificado –y, por ende, legitimado– por la forma como el mismo ejerce esa contribución.

Efectivamente, Troper señala que para justificar esta modalidad de formación de la voluntad general se puede sostener que “la ley tendrá más calidad (...) si es examinada por varias autoridades y que, (...), se debe presumir que la ley enunciada por varias autoridades es la expresión de la voluntad general”<sup>202</sup>. Este autor explica que hay dos tipos de razones que se invocan para sostener que la ley tendrá más calidad si es examinada por varias autoridades. De un lado, están las que se basan en la forma de designación de cada órgano parcial y que, según Troper, consisten en sostener que si dos o más órganos distintos, que han sido designados también de forma distinta, tienen que dar su consentimiento para la formación de la ley según criterios de oportunidad (es decir, si la ley es idónea para alcanzar un determinado fin), lo más probable es que

<sup>201</sup> Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, Ética y Política...*, p. 469.

<sup>202</sup> Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado...*, p. 322.

valoren de forma diferente la oportunidad de la ley propuesta y, como tal, que ésta será mejor porque será el resultado de un compromiso<sup>203</sup>. De otro, están las que se basan en las formas de participación de cada órgano parcial, las mismas que, a diferencia de las primeras, sostienen que si el poder legislativo es ejercido por dos o más órganos parciales, que se pronuncian al término de dos procedimientos distintos, lo más previsible es que las diferencias de procedimiento lleven a los órganos a realizar compromisos pero a partir de posiciones diferentes<sup>204</sup>.

Pues bien, ¿y cuál de los dos tipos de razones es el que apoya la presencia de un juez constitucional? De acuerdo con Troper, la segunda: “La institución de un juez constitucional se relaciona precisamente con ese tipo de sistema: el participa en la producción de la ley y desarrolla un acto de voluntad pero, contrariamente a una asamblea parlamentaria o a un órgano dotado de un derecho de veto, no se pronuncia según criterios de oportunidad. No puede apreciar si los fines son deseables o los medios adecuados a los fines. Si no puede hacerlo, no es porque el texto constitucional le prescriba que se pronuncie “conforme a Derecho”, sino porque la situación en la que el juez se encuentra y el procedimiento que sigue le imponen una serie de exigencias que le impiden pronunciarse según criterios de oportunidad”<sup>205</sup>. Es decir, aun cuando los jueces constitucionales participan en la formación de la ley de forma discrecional (y entendiendo el término discreción en su sentido fuerte), dicha contribución se justifica porque, por el procedimiento que ellos siguen, a diferencia del Parlamento, estarían imposibilitados de pronunciarse según criterios de oportunidad.

¿Y por qué no pueden, en el planteamiento de Troper, razonar según criterios de oportunidad? Es aquí en donde aparecerían, lo que él llama, “las exigencias relativas a la expresión de la voluntad general”. Efectivamente, los jueces constitucionales no pueden pronunciarse de acuerdo con criterios de oportunidad porque, de acuerdo con Troper, estas exigencias les impedirían: (i) utilizar su poder discrecional de cualquier forma, y (ii) limitarse a razonar si la ley propuesta es oportuna o no<sup>206</sup>. Y es que, para este autor, “el juez está encerrado en un entramado de exigencias, a la vez externas e internas. Se entiende por “exigencias” el conjunto de datos jurídicos que el juez debe tener en cuenta. Por supuesto, sólo se trata de factores propiamente jurídicos, es decir relativos a la organización constitucional general, excluyendo así factores extra-jurídicos como el peso de la opinión pública, las relaciones de los jueces con los partidos políticos o su ideología profesional”<sup>207</sup>.

<sup>203</sup> Cfr. Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado...*, pp. 322-323.

<sup>204</sup> Cfr. Ibid., p. 323.

<sup>205</sup> Ibid., pp. 323-324.

<sup>206</sup> Cfr. Ibid., p. 324.

<sup>207</sup> Ibid., p. 324.

Las llamadas por él “exigencias externas”, que serían las más visibles, están constituidas por las posibles reacciones (negativas o positivas) de las otras autoridades involucradas en la expresión de la voluntad popular<sup>208</sup>. Así, por ejemplo, un fallo extremadamente audaz o temerario puede ocasionar que, en el Parlamento, se adopten medidas destinadas a destituir a los jueces constitucionales responsables del mismo. Lo mismo pasaría con los jueces ordinarios que, en caso llegaran a adoptar resoluciones extremadamente creativas, podrían verse sometidos a procesos de destitución o de sanción. En cambio, dirá Troper, las “exigencias internas” vienen impuestas por la necesidad, no obligación, que tienen los jueces y tribunales de presentar sus decisiones como justificadas<sup>209</sup>. En palabras de este autor, “el juez pretende dar a su decisión la mayor eficacia posible, es decir, quiere lograr que produzca efectos no sólo in concreto, gracias a la anulación de una ley, sino también in abstracto. La función de la motivación consiste no sólo en justificar la decisión adoptada in concreto, demostrando que deriva lógicamente de un texto o de un principio, sino también –y sobre todo– en afirmar la objetividad de ese principio o del significado de ese texto. La norma así establecida podrá entonces imponerse a las demás autoridades constitucionales. (...). La motivación es, por tanto, un procedimiento para tratar de encerrar a los demás órganos en una lógica a la que no puedan escapar. (...). Esta construcción compleja, que no es sino la jurisprudencia, no se explica, como se dice a veces, por el mero afán o por una obligación de coherencia sino únicamente por necesidad. El juez se ve empujado a ser coherente porque es el único medio del que dispone para tratar de vincular a los demás”<sup>210</sup>.

De esta forma, pues, en el planteamiento de Troper, aun cuando los jueces cuentan con un poder discrecional jurídicamente ilimitado (en la medida que cualquier pronunciamiento, diga lo que diga, siempre será válido si es que ya no se puede impugnar), de hecho, las exigencias antes señaladas, de alguna manera, modulan las posibles derivas arbitrarias y, como tal, le imponen la necesidad de presentar su decisión como jurídicamente motivada o, lo que es lo mismo, como la conclusión lógica de un razonamiento basado en textos normativos. Es así como, entonces, se justifica la participación del juez en el proceso de formación de la voluntad general: éste lo hace como parte de un procedimiento en el cual tendrá que evaluar razones que posiblemente no fueron tomadas en cuenta por el Parlamento. Por tanto, la legitimidad del poder de los jueces y tribunales para hacer lo que hacen proviene de asumir que, por el

---

<sup>208</sup> Cfr. Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado...*, p. 325.

<sup>209</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 325.

<sup>210</sup> *Ibid.*, pp. 325-326.

procedimiento que siguen para adoptar sus decisiones, ayudan construir, de la mejor manera posible, la voluntad general.

**5. Toma de posición en torno al problema de legitimidad del “Poder Judicial”: la apuesta por las exigencias procesales básicas y la presencia de ciertos elementos “carismáticos” de legitimidad.**

A lo largo de los puntos 3 y 4, se han presentado una serie de planteamientos que, en el marco del Estado constitucional de Derecho, han abordado el problema de establecer uno o más criterios de legitimidad de la labor judicial que, a estos efectos, pretenden justificar a la misma presentándola como “democrática”. Efectivamente, de un lado, están aquellos que, con sus respectivas diferencias, apuestan por la estricta sujeción a la ley democrática (o al Derecho) como criterio de legitimidad de la función jurisdiccional (punto 3) y, de otro, los que resaltan ciertos aspectos de la práctica judicial que, a su criterio, permitirían presentarla y justificarla en términos democráticos (punto 4). Pues bien, tal como se anunció en su momento, en este punto final, se van a plantear algunas dudas y comentarios acerca de los criterios estudiados en los dos puntos precedentes y, por supuesto, se va tomar posición en torno a la difícil cuestión de la legitimidad de la actuación del “Poder Judicial”. Así, en función de lo señalado en la primera parte de esta investigación y de lo dicho en los puntos 1 y 2 de ésta, a continuación se van a someter a revisión, primero, los criterios de legitimidad basados en la exigencia de “estricta sujeción a la ley (o al Derecho)”, y, después, aquellos que se sustentan en ciertos aspectos de la práctica judicial. Al final, se espera demostrar que, en la lógica del Estado constitucional de Derecho, a los más, se puede apostar como criterios de legitimidad del Poder Judicial: (i) por el cumplimiento de ciertas exigencias procesales “básicas” que, a estos efectos, fijarán un piso mínimo por debajo del cual todo fallo judicial deviene en ilegítimo, y (ii) por ciertos elementos “carismáticos” (o de “confiabilidad”) que, una vez cumplido con dicho piso mínimo, generan “confianza” en las partes del proceso (y, en general, en la ciudadanía) de que no devendrá en arbitraria la solución final que disponga el juez.

Antes de empezar, es conveniente recordar algunas cuestiones señaladas en esta segunda parte que, en mi opinión, tienen conexión con el asunto que se va a abordar a continuación. Como se dijo en el punto 1, la “legitimidad”, en el marco de las relaciones de poder, es la razón que explica por qué alguien, en su fuero interno, siente que tiene el deber de obedecer los mandatos de otro (lo hace porque, ante sus ojos, el que manda es un poder “legítimo”). Es decir, en el ámbito de la relación autoridad-sumiso, la legitimidad implica “obediencia”. Por su parte, los llamados criterios de legitimidad vienen a ser las razones que sustentan la creencia en la legitimidad de la autoridad

correspondiente y, por tanto, son los que fundamentan, en última instancia, para el sumiso el deber ético de obedecer (o desobedecer) sus órdenes o mandatos. En tal sentido, al fijar uno o más criterios de legitimidad de la labor de los jueces y tribunales, cualquiera que éstos sean, se debe ser sumamente consciente de que los mismos no sólo servirán para saber cuándo es éticamente obedecible un mandato judicial (como se recordará, la obligación jurídica no está nunca en cuestión) sino, sobre todo, para determinar cuándo hay razones para considerar al mismo “desobedecible”. Por tanto, los criterios que finalmente se adopten tendrán que ser lo suficientemente rígidos o rigurosos como para permitir a los individuos distinguir con seguridad una actuación judicial legítima de una ilegítima. Dicho en otros términos, no pueden ser ambiguos o, siquiera, opinables (al menos, no en un sentido superlativo). En mi opinión, la obediencia –y, por ende, la eficacia práctica– de la labor judicial así lo exige.

Pero no sólo eso. Como se dijo en el punto 2, los tres modelos de Estado de Derecho mayoritariamente considerados como los realmente democráticos (el exigente, el garantista y el constitucional), tienen en común el prescribir ciertos objetivos de “obligatorio” cumplimiento a la organización estatal y, sobre todo, el asignar a los jueces y tribunales el papel de “guardianes”, en última instancia, de los mencionados fines u objetivos. Es decir, son modelos que le otorgan a un cuerpo no representativo que siempre actúa sólo con discreción fuerte, el poder de decir la última palabra sobre los asuntos más importantes de la vida en sociedad y, por tanto, que permiten que los jueces y tribunales, de hecho, se constituyan en un real Poder Judicial. Si presuponen el modelo de juez “guardián”, ese juez “boca muda” de la Constitución y que es autónomo del legislador pero no del constituyente, lo cierto es que, de facto, posibilitan la presencia de un juez “político”, un juez que es ejecutor tan sólo de su propia voluntad y que es completamente autónomo del poder político constituido y constituyente. Es por esta razón que, al finalizar ese punto, se ha sostenido que el concepto de democracia presupuesto en el modelo de Estado constitucional de Derecho, no puede ser el de la llamada democracia constitucional (presupone el modelo irreal de juez guardián), sino uno donde la expresión de la voluntad popular es fruto de un proceso en el que participan tanto órganos representativos como órganos de carácter aristocrático-autocrático: los jueces y tribunales. Y si ello es así: (i) urge someter a revisión los criterios de legitimidad estudiados en los puntos 3 y 4 que, preocupados por hacer efectiva la democracia constitucional, terminan proponiendo cómo hacer “democrática” la actuación del irreal modelo de juez “guardián” (motivo por el cual son inviables); y (ii), sobre todo, tomar en cuenta que la actuación de los jueces, al ser éstos un cuerpo aristocrático-autocrático, difícilmente puede tener una lectura en términos democráticos (salvo que se sostenga que el sistema de gobierno descrito en el punto 2.3.2 es el realmente democrático).



### **5.1 Revisión de los criterios de legitimidad basados en la exigencia de “estricta sujeción a la ley (o al Derecho)”.**

Quiero empezar resaltando la fortaleza y plausibilidad de las posiciones que apuestan por la estricta sujeción a la ley como criterio de legitimidad de la labor judicial. Efectivamente, como se deduce fácilmente, este criterio tiene claros vínculos con la idea de “imperio de la Ley democráticamente producida” (o del Derecho democráticamente producido) que, como se vio, es central en la lógica del modelo de Estado constitucional de Derecho (en especial en la variante exigente). En tal sentido, es evidente que los autores que proponen la estricta sujeción a la ley como criterio de legitimidad de la labor judicial, en el fondo, están preocupados por asegurar la efectividad del “imperio de la Ley democráticamente producida” y, por tanto, de dotar a la función jurisdiccional del sólido fundamento ético que está detrás del deber de obedecer a la Ley así producida: la autonomía de los sujetos. Y es que, como explica Hierro, el sistema democrático, desde el punto de vista ético, es el único que permite “dotar de un fundamento sólido a la pretensión moral de obediencia a la ley (y, en caso contrario, para justificar moralmente su desobediencia). Para ello es necesario que ésta sea expresión de la propia autonomía de los sujetos a los que se aplica y, por ello, legitimada por su aprobación, requisito que sólo puede satisfacerse concibiendo a la ley como expresión mediata o inmediata de la voluntad general”<sup>211</sup>.

Consecuentemente, al apuntar que los jueces y tribunales adquieren legitimidad si se sujetan de forma estricta a lo dispuesto por la Ley democrática, en verdad, lo que se está queriendo decir es que adquieren legitimidad porque, al resolver las controversias o conflictos según este criterio, únicamente estarían garantizando el “imperio de la Ley democrática” y, por tanto, limitándose a asegurar la propia autonomía de los sujetos que, habría que entenderlo así, sería la fuente de la cual proviene la solución jurídica que la sentencia tan sólo estaría reproduciendo. Es por eso que, en relación con los jueces y tribunales, el mismo Hierro dirá: “siendo su única función la de aplicar imparcialmente las leyes, los titulares del poder judicial (...) carecen de legitimación específica alguna, de tal modo que su única legitimación es el contagio legislativo” y, lógicamente, “Bajo un sistema democrático, el poder judicial (...) tampoco aporta legitimación específica alguna, pero se contagia de la legitimidad democrática de la ley”<sup>212</sup>. Vale decir, según este criterio, el juez adquiere legitimidad democrática, no porque él en sí mismo sea un órgano democrático, sino porque tan sólo se limita a aplicar una norma jurídica que fue democráticamente producida. No cabe duda,

<sup>211</sup> Hierro, Liborio. *Estado de Derecho: problemas actuales...*, p. 20.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 54.

entonces, que la estricta sujeción a la ley como criterio de legitimidad de la labor judicial, en el marco del sistema democrático, presenta en su apoyo un sólido fundamento ético: el respeto a la autonomía de los sujetos en tanto supuestos creadores de la norma jurídica aplicada por el juez. Es, pues, un criterio que, de ser viable, le otorgaría a la labor judicial una justificación democrática.

El problema con este criterio, y ésta es una crítica general a todas las posiciones que han sido ubicadas en este rubro, es que: (i) presupone que es posible hacer efectivo el modelo de juez guardián, y (ii) no especifica claramente qué es o, mejor aún, cómo hacer viable la estricta sujeción a la ley (o al Derecho). En efecto, defender este criterio, en el plano de la legitimidad, implica sostener que los enunciados jurídicos siempre contienen, al menos, algún significado “democrático” y, por tanto, que el juez si quiere legitimar su actuación debe plegarse voluntariamente al mismo (es, pues, un “guardián”). Si ello es así, entonces es un criterio que, a su vez, está sosteniendo que sí es posible identificar ese significado que, lógicamente, será fiel reflejo de la voluntad democrática del pueblo o, al menos, de sus representantes democráticamente elegidos. Es decir, no sólo es que los defensores de dicho criterio de legitimidad sostengan que los significados de los enunciados jurídicos (las normas jurídicas) preexisten a la labor interpretativa de los jueces (lo cual conecta a dicha posición con la tesis cognitiva de la interpretación judicial), sino que además tendrán que demostrar que, en el marco de un Estado constitucional de Derecho, es posible “descubrir” aquél que, al margen de la opinión subjetiva del juez, puede ser calificado objetiva e indubitadamente como el realmente democrático. La cuestión está, precisamente, en que no existe aquel método de interpretación que sea infalible —o lo suficientemente riguroso— a los efectos de “descubrir” ese significado que objetivamente refleje la voluntad democrática del pueblo o, siquiera, de sus representantes elegidos... por lo menos, ninguno de los propuestos por los autores trabajados en los puntos 3.1 y 3.2 cumple con esa condición básica de rigurosidad (la posición estudiada en el punto 3.3, por ser con la que comulgo, será desarrollada en el acápite 5.3).

### **5.1.1 Crítica a la estricta sujeción a la ley (o al Derecho) en cualquier tipo de proceso.**

Empecemos por el planteamiento de Díez-Picazo. Como se dijo<sup>213</sup>, para este autor los jueces-funcionarios se legitiman sometiéndose al imperio de la ley interpretada observando “rigurosos” criterios de interpretación. Pues bien, si ello es así, dos cosas llaman la atención. La primera es que, al parecer, esta exigencia sólo es aplicable a los

---

<sup>213</sup> Véase el punto 3.1.1 de esta parte de la presente tesina.

jueces ordinarios que, en su planteamiento, serían los que él llama “jueces-funcionarios”. Es decir, no queda claro si el sometimiento al imperio de la ley y la observancia de criterios de interpretación rigurosos, son también criterios de legitimidad democrática aplicables a la actuación del Tribunal Constitucional (éste, a diferencia de los jueces-funcionarios, en la lógica de Díez-Picazo, sí tendría legitimidad democrática por su origen). Lo más coherente sería entender que sí se les aplican estas exigencias aunque, obviamente, entendiendo “Ley” como “Constitución”. Y es que, si no fuera así, el temor al “reino de la arbitrariedad” y al “falseamiento de la democracia basada en la legalidad”, sólo estaría conjurado frente a la discrecionalidad de los jueces-ordinarios pero no frente a la actuación del Tribunal Constitucional que, por lo demás, tiene en sus manos el poder de decir “la última palabra” en lo que se refiere a la interpretación de la norma más importante de todas: la Constitución.

La segunda es cómo entiende este autor que se asegura el sometimiento al imperio de la ley. Para este autor, el juez obtiene legitimidad democrática sometándose al imperio de la ley y, en su planteamiento, esto sucede si es que éste utiliza en el ejercicio de sus funciones criterios de interpretación “rigurosos”. No obstante, Díez-Picazo no se decanta por algún método de interpretación en especial (el literal, la razón de ser, el sociológico, etc.) y tan sólo se limita a señalar que, en los Estados democráticos, el poder discrecional de los jueces (su libertad interpretativa) está limitado por el deber de argumentar y por el hecho de que las normas jurídicas solamente admiten un número limitado de interpretaciones racionales. En tal sentido, al parecer, la rigurosidad en la interpretación –y, por ende, el fiel sometimiento al imperio de la ley–, en el planteamiento de Díez-Picazo, estaría asegurada por el cumplimiento por parte del juez de su deber dar una motivación racional o, lo que es lo mismo, dentro de los márgenes interpretativos admitidos por la norma jurídica correspondiente. Y si ello es así, este autor está presuponiendo que, dentro del Estado constitucional de Derecho, existen criterios sustanciales lo suficientemente “rigurosos” como para saber cuándo se está frente a una interpretación racional y cuándo no o, lo que es lo mismo, para saber de antemano cuáles son las interpretaciones racionales de la norma y que, por lo mismo, serían las únicas democráticamente admisibles.

El problema está en que, en los propios Estados democráticos que señala Díez-Picazo, no existen normas que cumplan con esa condición. Y es que, cualquiera que tenga esa pretensión, al final, también será interpretable por el propio juez. Dicho en otros términos, no se sabe de antemano cuáles son las interpretaciones racionales de la norma y que, por lo mismo, son democráticamente admisibles. Es tan cierto esto que, en esos Estados, incluso se acepta como Derecho válido (o lícito) tanto la sentencia puramente inmotivada como la sentencia irracionalmente motivada. Que se pueda interponer un

amparo contra esto, como señala Díez-Picazo, no cambia en nada la ecuación porque, al final, será otro juez el que tendrá que decidir si la sentencia es inmotivada o está mal motivada. Por tanto, si se quiere insistir en el sometimiento al imperio de la ley como criterio de legitimidad, es necesario optar por un criterio que otorgue mayor seguridad (no debe olvidarse que la obediencia a los jueces está en juego).

Veamos, entonces, el planteamiento de Elías Díaz. Como se dijo<sup>214</sup>, de una lectura conjunta de la importante obra de este autor, habría que entender que, para él, el juez adquiere legitimidad en el ejercicio de sus funciones aplicando la ley mayoritaria, interpretada según el método sociológico, pero teniendo siempre en cuenta la intangibilidad de los derechos de las minorías y, en última instancia, la por él llamada conciencia ética individual. Ello es así porque, para Elías Díaz, las libertades individuales básicas de conciencia, de expresión y de participación constituyen ese límite que no puede ser vulnerado por las decisiones democráticas mayoritarias y, mucho menos, por las decisiones de los jueces y tribunales. En ese sentido, en su concepción, los derechos fundamentales señalados vienen a ser el límite mínimo a los sentidos que los jueces pueden atribuir a los textos normativos según el método de interpretación sociológico. Dicho en otros términos, las libertades individuales básicas de conciencia, de expresión y de participación vienen a ser, en la lógica de Elías Díaz, el núcleo del Derecho que los jueces están llamados a aplicar (eso sí, según las reglas del método de interpretación sociológica). Pues bien, si ello es así, entonces habría que preguntarse ¿qué sucede con los demás derechos fundamentales?, ¿también están sujetos a las reglas del método de interpretación sociológico?

No cabe duda de que este método puede ser útil para dar cobertura, a través del régimen de derechos fundamentales, a nuevos supuestos –o demandas– especialmente protegibles que originalmente no estaban previstos. Vale decir, por medio de él, el juez puede contribuir a actualizar el Derecho en función de los nuevos supuestos de hecho –o necesidades sociales– que, en una sociedad en continua evolución, se van produciendo. Pero, ¿qué sucede con aquellos momentos históricos de involución social en materia de defensa de los derechos humanos? Es decir, ¿qué pasa con aquellos contextos histórico-sociológicos donde, por los motivos que fuere, se van generando fuertes demandas de regresión en esta materia? En esos supuestos, que desafortunadamente no son de laboratorio<sup>215</sup>, no parece ser lo más acertado interpretar los enunciados normativos a la

<sup>214</sup> Véase el punto 3.1.2 de esta parte de la presente tesina.

<sup>215</sup> El 13 de diciembre de 2009, el diario El Comercio del Perú publicó, en su edición en línea, el siguiente titular: “Preocupante: el 47% está de acuerdo con la existencia de escuadrones de la muerte”, dando cuenta, de esta forma, de los resultados de la encuesta realizada a nivel nacional sobre la denuncia efectuada por los medios de comunicación sobre la existencia de un grupo paramilitar dedicado a asesinar

luz del contexto histórico-social en el que serán aplicados. Y es que más allá del límite mínimo fijado por las libertades individuales básicas de conciencia, de expresión y de participación en los asuntos públicos, existen una serie de derechos (como la garantías judiciales o los económicos, sociales y culturales) que, en los supuestos de involución social señalados, al ser interpretados según la lógica del método sociológico, quedarían expuestos a interpretaciones judiciales no sólo restrictivas sino, incluso, abiertamente regresivas.

Por lo demás, en crítica común al criterio propuesto por Díez-Picazo, también habría que preguntarse por la seguridad que la propuesta de Elías Díaz puede proveer a los efectos de legitimar o deslegitimar la labor de los jueces. Y es que no siempre es sencillo identificar, primero, cuáles son los cambios que efectivamente se han venido produciendo (o, incluso, si se ha llegado a producir un cambio) en el seno de las sociedades contemporáneas que, para mayor complejidad, no son homogéneas; y, segundo, cuáles son las condiciones necesarias (materiales o no) para asegurar la intangibilidad de los derechos de las minorías y, en última instancia, de la por él llamada conciencia ética individual (no debe perderse de vista que los enunciados jurídicos que establecen a las libertades básicas de conciencia, de expresión y de participación también están sujetos a interpretación). Por lo tanto, es evidente que este criterio aún le deja un amplio margen de discreción a los jueces y tribunales. Claramente, la propuesta de Elías Díaz para identificar la ley a la cual el juez debe someterse, también presenta problemas de ambigüedad o de incertidumbre.

Vayamos, ahora, al planteamiento de Ferrajoli. Como se dijo<sup>216</sup>, para este autor, la legitimidad democrática del juez se deriva de su sometimiento a la legalidad “válida”; es decir, a aquella que está de acuerdo con los derechos fundamentales y con el principio de legalidad de los poderes públicos, en tanto límites y vínculos sustanciales impuestos a la mayoría por las Constituciones democráticas. Pues bien, varias cosas se pueden decir con respecto a esta posición. Lo primero es que, en su modelo, claramente la “legitimidad” está asociada a la “validez” (la primera se mide en función del grado de conformidad con los criterios sustanciales de validez que, en el Estado constitucional de Derecho, consagran la “esfera de lo no disponible”). Así, para este autor, será legítima toda actuación que sea válida y será válida toda actuación que sea legítima. Si ello es así, y esto es lo segundo, resulta especialmente dudoso que pueda ser calificada de ilegítima una actuación del órgano judicial encargado de determinar, precisamente, el sentido de los criterios sustanciales de validez, salvo, claro está, y esto es lo tercero, que

---

extrajudicialmente a delincuentes en la ciudad de Trujillo ubicada al norte del Perú (En: <http://elcomercio.pe/noticia/381051/preocupante-47-esta-acuerdo-existencia-escuadrones-muerte>).

<sup>216</sup> Véase el punto 3.1.3 de esta parte de la presente tesina.

se considere, como todo parece indicar en el caso de Ferrajoli, que es posible encontrar algún sentido objetivo mínimo (o independiente de la voluntad del juzgador) que nos sirva como criterio de referencia para evaluar la validez –y, por ende, la legitimidad– de la actuación del órgano judicial. ¿Existe, pues, ese sentido objetivo mínimo? Para Ferrajoli hay dos razones que lo llevan a pensar que sí: (i) los criterios sustanciales de validez, según él, a pesar de que tienen un cierto grado de indeterminación, sí llegan a establecer límites o condiciones necesarias de validez que condicionan a todos los poderes públicos incluyendo al judicial; y (ii), sobre todo, en su concepción, la actividad judicial aparece como “tendencialmente cognoscitiva”. ¿Son ciertas estas dos razones?

La única manera de afirmar la existencia de un sentido mínimo vinculante a la vez que se acepta, como hace Ferrajoli, que los jueces y tribunales tienen cierto poder discrecional, es sosteniendo, con Hart, que en cada norma jurídica así como existe una zona de penumbra existe también una zona de certeza<sup>217</sup> y, sobre todo, que existe el mecanismo para declarar la “invalidéz” de un fallo que vaya en contra de la mencionada zona de certeza. Ya de por sí es dudoso de que exista esa zona de certeza pero, lo que sí queda claro, es que no existe el procedimiento de anulación correspondiente. Entonces, nuevamente ¿cómo pueden constituir un límite real? Podría decirse que nos estamos moviendo en el ámbito de la legitimidad y no en el de la validez pero Ferrajoli mezcla los dos planos y, por tanto, en él, la validez implica legitimidad y viceversa. Entonces, ¿cómo podrían invocarse los mismos para deslegitimar una actuación judicial si, precisamente, el sentido de éstos queda en manos del órgano cuya actuación se pretende deslegitimar? No cabe duda, entonces, que el criterio de Ferrajoli tampoco cumple con la exigencia general de rigurosidad. Pero eso no es todo, que los jueces tengan la necesidad de presentar su actividad como un acto del conocimiento, no significa que la misma sea “tendencialmente cognoscitiva”.

Efectivamente, es lógico suponer que los órganos judiciales tienen la necesidad de justificar sus decisiones sobre la base de textos normativos, a los efectos de convencer a los destinatarios de sus mandatos de la corrección de los mismos (como se verá luego, ésta es la posición de Troper), pero de ello no se puede concluir que su actividad está dirigida a descubrir el sentido que ocultan las normas jurídicas. La interpretación judicial, como se demostró en la primera parte de esta investigación, es un acto puro de la voluntad por la sencilla razón de que: (i) el juez es libre al momento de asignar un sentido u otro a un texto normativo (no existe un criterio normativo preexistente que vincule esta decisión) y (ii), en caso de tener el poder de decir la última palabra, no existe el mecanismo respectivo para declarar la “invalidéz” de un fallo que se cree

---

<sup>217</sup> Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho...*, pp. 157-162.

vulnera el sentido mínimamente determinado de los criterios sustanciales de validez. Es más, si fuera cierto que los criterios sustanciales de validez limitan las posibles opciones interpretativas (algo que recuerda a la tesis de la determinación mínima defendida por Cuenca), también habría que reconocer que el juez es libre de elegir, en sentido fuerte, entre cualquiera de ellas y, como tal, que el acto de interpretación sigue siendo una actividad de asignación –y no de descubrimiento– de un determinado sentido (aunque, claro, en esta lógica operaría sobre la base un acto del conocimiento). Por lo demás, también hay que reconocer que una sentencia no motivada en textos normativos –o incluso no motivada–, en caso no sea ya impugnabile, será válida y se impondrá con toda la fuerza del sistema jurídico. Es, pues, sumamente cuestionable sostener que la actividad judicial es “tendencialmente cognoscitiva”.

No se puede terminar la crítica a Ferrajoli sin antes cuestionar el papel muy limitado que, de forma inconsecuente, este autor hoy le asigna a los jueces a los efectos de poner en marcha todas las exigencias positivas (hacer) y negativas (no hacer) que se derivan de los derechos contenidos en la esfera de lo no decidible. Como se dijo en el punto 2.3.1, para este autor, el sentido de la democracia implícito en la lógica del Estado constitucional de Derecho, es uno donde la regla de la mayoría, omnímota en la concepción tradicional de la democracia, sólo vale para lo que él denomina la “esfera de lo decidible” por el poder político; esfera que contendría todas aquellas materias que estarían más allá de los derechos fundamentales que, de acuerdo con él, vienen a ser la “esfera de lo no decidible” para cualquier poder público o privado. Es por ello que, como siempre se ha entendido, para Ferrajoli, los jueces y tribunales, en el marco del Estado constitucional de Derecho, cumplen una función de garantía: asegurar, en estricta sujeción a la ley válida (es decir, a la ley constitucional), tanto la plena vigencia de los derechos fundamentales previstos en la Constitución como el cumplimiento del principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos. Pues bien, si esto es así, y se afirma además que los derechos fundamentales no son totalmente indeterminados y que los jueces y tribunales cumplen con respecto a ellos una función tendencialmente cognoscitiva, entonces no se entiende por qué hoy Ferrajoli sostiene que los jueces no tienen legitimidad para reparar antinomias (los ordinarios) y lagunas legislativas (los ordinarios e, incluso, los constitucionales).

Efectivamente, lo más coherente sería afirmar que los órganos jurisdiccionales sí están legitimados para controlar, en cualquier supuesto, el sometimiento de los poderes públicos a la legalidad constitucional, ya sea que ésta les imponga la obligación de abstenerse de hacer algo que viole los derechos (éste sería, para Ferrajoli, el caso de los derechos civiles y políticos), ya sea, por el contrario, que les exija hacer algo que satisfaga a los mismos (éste sería, para Ferrajoli, el caso de los derechos económicos,

sociales y culturales). Ello tendría que ser así porque, siguiendo la misma lógica de Ferrajoli, en ambos casos, los jueces y tribunales tan sólo estarían asegurando, en estricto sometimiento a la legalidad constitucional (la ley válida), la intangibilidad de la esfera de lo no decidible por la mayoría; tarea que, por lo demás, estarían llevando a cabo de forma tendencialmente cognoscitiva y con respecto a derechos que, al no ser totalmente indeterminados, sí serían lo suficientemente claros como para establecer las posibles opciones de desarrollo constitucionalmente válidas. Por tanto, si el juez ordena que se ejecute alguna de ellas no habría más que reconocer que, también en ese supuesto, está cumpliendo sus funciones en “estricta sujeción a la ley válida”. Es decir, ya sea que anulen una ley inválida para asegurar un derecho civil (por ejemplo, una norma que establece la censura previa en el caso de la libertad de expresión), ya sea que ordenen al poder político brindar una prestación exigida por un derecho social (por ejemplo, otorgar las medicinas necesarias para garantizar el derecho a la salud), lo coherente con la lógica de Ferrajoli sería sostener que los jueces, al cumplir con su función de garantes de la plena vigencia de los derechos fundamentales en “estricta sujeción a la ley válida”, sí están legitimados para controlar y reparar cualquier incumplimiento por parte del legislador de la por él llamada “esfera de lo no decidible”. Esta es, en mi opinión, una interpretación consecuente de las ideas que Ferrajoli a lo largo de muchos años ha venido promoviendo. Desafortunadamente, parece ser que hoy este autor ya no se toma tan en serio las prescripciones de la llamada democracia constitucional.

### **5.1.2 Crítica a la estricta sujeción a la ley “constitucional” en el control de la constitucionalidad de las leyes.**

Vayamos, ahora, a revisar las posiciones que trabajan la estricta sujeción a la Constitución en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes. Como se dijo en el punto 3.2, estos planteamientos tienen en común el sostener que los jueces constitucionales, a los efectos de salvaguardar el sistema democrático, solamente están autorizados a ejercer sus atribuciones en determinados tipos de materias (hasta ahí, pues, llegaría la estricta sujeción a la ley constitucional), aunque diferirán, precisamente, en el tipo de materias que pueden ser objeto de control constitucional. Pues bien, el problema con estos planteamientos es que ninguno de ellos ofrece un criterio que sirva para identificar claramente dichas materias y, por tanto, que sea lo suficientemente riguroso como para diferenciar claramente una intervención constitucional legítima de una ilegítima.



Empecemos por la tesis de Ackerman. Como se dijo<sup>218</sup>, este autor entiende que la justicia constitucional solamente puede intervenir a los efectos de asegurar la intangibilidad de las normas jurídicas que fueron aprobadas producto de un especial momento constitucional, es decir, en uno de esos excepcionales procesos de reorganización social muy profundos que implican una enorme movilización de la ciudadanía, amplios procesos de discusión, marchas y contramarchas a partir de la confrontación de ideas opuestas, etc. En tal sentido, para saber si una actuación de la corte constitucional es legítima o no, será necesario afrontar la difícil tarea de evaluar si la decisión normativa que se pretende preservar, más allá de la jerarquía formal que pudiera ostentar (rango constitucional, rango de ley, etc.), por la forma en que fue producida (en realidad, por lo que precede a su producción), satisface o no los requisitos constitutivos de un especial momento constitucional (que, tal y como son definidos por Ackerman, claramente son conjuntivos y no disyuntivos). Así, pues, habrá que determinar si la norma jurídica que se quiere preservar, ha sido fruto de la participación y el apoyo que puede ofrecer una mayoría ciudadana extraordinariamente grande y movilizadora. Y, por supuesto, habrá que hacer también lo mismo con la norma que la quiere modificar o derogar. Pues bien, el problema con este planteamiento es que es sumamente casuístico y, sobre todo, no reconoce zonas grises. Y es que, si bien es cierto sí parece posible diferenciar entre los niveles de participación ciudadana que están en los extremos: la nula y la multitudinaria, también lo es que no existe una clara línea divisoria a los efectos de diferenciar los supuestos que están al medio.

¿Qué tan masiva tiene que ser la participación y movilización para ser calificada como “excepcional”? ¿qué tan grande debe ser el apoyo manifestado a la medida finalmente adoptada?, ¿qué pasa con aquellas situaciones en las que la participación es masiva pero en las que, al estar las posiciones claramente divididas, la norma jurídica finalmente aprobada no es fruto de una mayoría aplastante sino de la posición adoptada por una mayoría mínima (al estilo 51%-49%)?, en este último supuesto, ¿se puede decir o no que dicha norma también es fruto de un especial momento constitucional? Al parecer, resulta ser sumamente opinable la presencia o no de un excepcional momento constitucional. Por lo demás, no se debe olvidar que no basta con identificar el mismo sino que, además, será necesario determinar cuál es el sentido de lo que ha sido finalmente aprobado por el pueblo movilizadora; es decir, también habrá que interpretar qué cosa fue debatida, negociada y finalmente aprobada en ese extraordinario momento constitucional. Y si ello es así, entonces se ha regresado al problema del método de interpretación más adecuado para “descubrir” cuál es el significado que objetivamente refleja la voluntad democrática del pueblo movilizadora. La propuesta de Ackerman,

---

<sup>218</sup> Véase el punto 3.2.1 de esta parte de la presente tesis.

entonces, no cumple con la exigencia básica de rigurosidad. Piénsese en lo siguiente, ¿qué pasa en aquellos casos en los que la medida respectiva ha sido fruto del apoyo manifestado por una alianza de diversos grupos de ciudadanos, que claramente hacen una amplia mayoría movilizada, pero donde cada grupo organizado ha apoyado dicha medida por motivos diferentes o esperando alcanzar diferentes objetivos?, ¿cuál es, en ese caso, la voluntad democrática a ser preservada?

Una crítica similar es la que se puede hacer a la propuesta de Ely. Como se dijo<sup>219</sup>, a diferencia de la tesis de Ackerman, Ely sostiene que los jueces constitucionales sólo están legitimados a realizar el control de constitucionalidad de las leyes a los efectos de asegurar las normas jurídicas constitucionales relativas al proceso de representación y participación democrática de todas las personas (hasta ahí llegaría la estricta sujeción a la ley constitucional) y, como tal, deja en manos de las mayorías legislativas de turno las decisiones sobre qué valores sustantivos son deseables y sobre cómo y en qué medida deben protegerse los mismos. Pues bien, el problema con esta posición está en saber cuáles son las reglas constitucionales, precisamente, relativas a la participación y representación democrática ya que, así como es posible hacer lecturas restrictivas (Ely se centra en la libertad de expresión, en la libertad de realizar actividades políticas, en el derecho de sufragio y en la representación de las minorías), también lo es que se pueden efectuar interpretaciones extensivas de las condiciones necesarias para asegurar el correcto funcionamiento del mecanismo democrático de toma de decisiones.

Efectivamente, en la filosofía de los derechos humanos, hoy se entiende que éstos presentan un carácter “indivisible e interdependiente” y, por tanto, que todos forman un solo bloque jurídico destinado a salvaguardar la autonomía moral de los sujetos (indivisibles), donde la plena efectividad de cada uno exige el pleno ejercicio de todos (interdependientes)<sup>220</sup>. En palabras de Cançado Trindade, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Cómo hablar de derecho de libre expresión sin el derecho a la educación; cómo concebir el derecho de ir y venir (libertad de circulación) sin derecho a una vivienda; cómo contemplar el derecho de participación en la vida pública sin el derecho a la alimentación; cómo referirse al derecho a la asistencia judicial sin tener presente, al mismo tiempo, el derecho a la salud, y los ejemplos se multiplican”<sup>221</sup>. Ello es así porque, tal como Amartya Sen ha puesto de manifiesto, las llamadas por él “libertades instrumentales”, a saber, las “libertades políticas”, los “servicios económicos”, las “oportunidades sociales”, las “garantías sociales” y la

<sup>219</sup> Véase el punto 3.2.2 de esta parte de la presente tesina.

<sup>220</sup> Cfr. Cançado Trindade, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 93-122.

<sup>221</sup> Ibid., p. 122.

“seguridad protectora”, están relacionadas entre sí y, en general, con la libertad que tienen los individuos para vivir como les gustaría<sup>222</sup>.

En tal sentido, no cabe duda que los valores constitucionales que cubren la satisfacción de condiciones materiales de subsistencia y desarrollo (los derechos económicos, sociales y culturales), indirectamente, cubren las pretensiones morales vinculadas directamente a los valores adjetivos relativos a la representación y participación democrática (los derechos civiles y políticos) y viceversa. Y es que, por poner un ejemplo, ¿acaso la satisfacción del derecho a la educación no tiene efectos en el mejor ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de sufragio? O, poniendo un ejemplo más extremo, ¿acaso la satisfacción de las necesidades materiales más elementales no es indispensable para poder estar vivo y, como tal, dedicar tiempo a las actividades políticas? Si la respuesta a estas preguntas es afirmativa, entonces se tiene que llegar a la conclusión que los jueces constitucionales, a los efectos de asegurar el funcionamiento de la democracia, también tendrían que estar legitimados, por ejemplo, para evaluar la constitucionalidad de las leyes relativas a la distribución de la riqueza generada en una sociedad determinada. Así, pues, sin entrar a cuestionar las razones que da este autor para limitar las materias que pueden ser objeto del control constitucional de las leyes, se puede decir que delimitar la jurisdicción constitucional al control de los valores constitucionales “adjetivos” tampoco cumple con la exigencia básica de certeza o seguridad aplicable a los criterios de legitimidad. La posición de Ely, pues, también puede ser tachada de ambigua.

¿Y qué sucede con el planteamiento de Gargarella? Como se dijo, para este autor la justicia constitucional legítimamente no sólo debe centrarse en controlar el cumplimiento de las reglas constitucionales que aseguran la representación, participación y discusión democrática (como aconseja Ely) sino que, además, debe velar porque en ese ámbito no se adopten decisiones intervencionistas en la esfera de la autonomía de la voluntad (es decir, que no se adopten leyes perfeccionistas)<sup>223</sup>. Es decir, a diferencia de Ely, amplía el control de constitucionalidad a asegurar que las decisiones públicas no afecten la autonomía de los sujetos para adoptar y seguir los planes de vida de su preferencia. Pues bien, si ello es así, la posición de Gargarella añade un elemento adicional de incertidumbre: así como pueden hacerse interpretaciones extensivas sobre las condiciones necesarias para asegurar la representación, participación y discusión democrática (preocupación que viene desde la propuesta de Ely), también puede hacerse

<sup>222</sup> Cfr. Sen, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Buenos Aires: Editorial Planeta, 2000, pp. 57-58. Este autor textualmente dirá: “la eficacia de la libertad como instrumento reside en el hecho de que los diferentes tipos de libertad están interrelacionados, y un tipo de libertad puede contribuir extraordinariamente a aumentar otros” (Ibid., pp. 56-57).

<sup>223</sup> Véase el punto 3.2.3 de esta parte de la presente tesina.

lo mismo en lo que se refiere a las condiciones que se requieren para que los individuos no vean mermada su autonomía para elegir y desarrollar planes de vida.

Efectivamente, al hablar de planes de vida, Gargarella está asumiendo un planteamiento de filosofía moral que gira en torno a la idea de “sujeto moral”, es decir, es una posición que, tal como explica Asís, identifica a los individuos como “seres dotados de libertad de elección y por tanto con capacidad para elaborar planes de vida”<sup>224</sup>. Dicho de otro modo, hablar de los individuos como sujetos morales supone entender que, en el plano moral, “(...) poseen fácticamente capacidad para elegir (libertad de elección) y que orientan su existencia hacia la consecución de determinados planes de vida (libertad moral)”<sup>225</sup>. En síntesis, desde esta perspectiva, se considera que todas las personas, moralmente, tienen –o deben tener– libertad para elegir y adoptar diversos planes de vida. Y si ello es así, entonces aparece la siguiente pregunta: ¿cuáles son los presupuestos o condiciones para poder ejercer realmente la libertad de elegir y adoptar planes de vida? En un inicio, podría decirse que éstos se limitan a aquellos derechos que, como dice Asís, buscan, de un lado, salvaguardar ese espacio de libertad necesario para que los individuos decidan y ejecuten sus planes de vida, y, de otro, establecer los canales necesarios para la participación democrática de todos tanto en el poder político como en otras parcelas de la vida social (los civiles y políticos)<sup>226</sup>. Piénsese en lo siguiente: si está proscrita la libertad religiosa o la libertad política, ¿qué planes de vida realmente puede elegir y luego efectivamente hacer una persona? Con seguridad, no el ser religioso o militante de un partido político. Del mismo modo, y en un ejemplo extremo, si una persona se ve privada arbitrariamente de la vida o de su integridad física, ¿podrá seguir ejerciendo su autonomía moral? En el primero supuesto, definitivamente no (ya está muerta) y, en el segundo, sus opciones se verán reducidas en función del daño físico que hubiera recibido, llegando incluso a desaparecer si es que, por ejemplo, fruto de torturas la persona entra en estado de coma. Consecuentemente, no cabe la menor duda que los derechos civiles y políticos protegen la libertad de elegir y desarrollar planes de vida.

Pero, también se podría entender que la libertad de elegir y desarrollar planes de vida presupone, además, la libertad de poder llevarlos a cabo. Es decir, no sólo la libertad de decidir qué hacer (voluntad) sino, también, la libertad de hacer efectivamente lo decidido (acción). Es por ello que Asís, acertadamente, resalta que la libertad de elección y ejecución de un plan de vida determinado “lleva aparejada una serie de condicionantes sin los cuales no es posible su desarrollo y que constituyen requisitos

<sup>224</sup> Asís Roig, Rafael de. *Escritos sobre derechos humanos*. Lima: ARA Editores, 2005, p. 29.

<sup>225</sup> Ibid., p. 30.

<sup>226</sup> Cfr., Ibid., pp. 35-36.

previos de toda discusión moral. La posibilidad de elegir exige el reconocimiento de la realidad de la persona y por tanto la posibilidad de su existencia, lo que implica la satisfacción real de ciertas necesidades básicas”<sup>227</sup>. Es por ello que el mismo Asís llamará “libertad real” a los intentos, sobre todo desde el Derecho, de “(...) facilitar instrumentos necesarios y esenciales con los que poder disfrutar de otros tipos de libertades, y por lo tanto para poder hacer o escoger lo que se quiere o para determinar qué es lo que se va a poder hacer o escoger”<sup>228</sup>; y, sobre todo, resaltar que a esta noción de libertad “(...) pertenecen los derechos económicos, sociales y culturales, destacando un grupo, (...), compuesto por aquellos derechos que pueden ser reconocidos por la idea de la integridad física y moral: alimento, sustento, salud, autonomía moral, etc.”<sup>229</sup>. Piénsese en lo siguiente: si una persona no puede asegurar su propia subsistencia porque no cuenta con la alimentación o asistencia médica adecuada, ¿qué planes de vida realmente puede elegir (voluntad) y luego efectivamente hacer (acción)? En mi opinión, simplemente ninguno. Parece claro, entonces, que la libertad para elegir y desarrollar planes de vida requiere, primero, la satisfacción de las necesidades materiales indispensables para el mantenimiento de la vida humana.

¿Y qué sucede con los demás derechos sociales que persiguen asegurar también condiciones materiales ya no de subsistencia sino de bienestar, tales como la educación, el acceso a la cultura en general, una remuneración equitativa y suficiente, el descanso vacacional, etc.? Peces-Barba identifica estos derechos con las que él denomina “necesidades de mejora” y, con respecto a las mismas, dirá lo siguiente: “(...), si (...) no están satisfechas, se dificulta o se impide la optimización de las posibilidades de desarrollo, de crecimiento y de progreso, físico, económico, cultural y social, que se encuentran en la condición humana. Son aquellas necesidades cuya superación permite incrementar el nivel de decisión, la capacidad de discernimiento y de elección, y acrecientan las posibilidades de desarrollo moral de las personas”<sup>230</sup>. Es decir, la satisfacción de estas necesidades materiales permite que la persona tenga más opciones o, lo que es lo mismo, amplía el abanico de posibles planes de vida a ser elegidos. Piénsese en lo siguiente: si el hijo de un obrero, más allá de tener asegurada la subsistencia, no puede costearse la educación universitaria, ¿qué planes de vida realmente puede elegir (voluntad) y luego efectivamente hacer (acción)? En mi opinión, únicamente aquellos que no requieren de un título universitario. Consecuentemente, podría decirse que la libertad de elegir y ejecutar planes de vida también requiere de la satisfacción de lo que Peces-Barba denomina como “necesidades de mejora”.

<sup>227</sup> Asís Roig, Rafael de. *Escritos sobre derechos humanos...*, p. 31.

<sup>228</sup> Ibid., p. 36.

<sup>229</sup> Ibid., p. 36.

<sup>230</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales...*, pp. 223-224.

En suma, la propuesta de Gargarella de limitar la labor de la corte constitucional a la tarea de evaluar si las decisiones mayoritarias son o no intervencionistas y, en caso de serlo, garantizar que se mantenga indemne ese espacio donde el único soberano debe ser uno mismo, en función de la perspectiva que se adopte, podría terminar justificando también una intervención destinada controlar la constitucionalidad de decisiones públicas relativas, por ejemplo, a la distribución de la riqueza generada en una sociedad determinada. En tal sentido, sin entrar a cuestionar las razones que da este autor para limitar las materias que pueden ser objeto del control constitucional de las leyes, se puede decir que delimitar la jurisdicción constitucional al control de los valores constitucionales “adjetivos” y a la protección de la libertad de elegir y desarrollar planes de vida, tampoco cumple con la exigencia básica de certeza aplicable a los criterios de legitimidad. No es, pues, una posición que otorgue seguridad a los efectos de evaluar si se le debe o no obediencia a una sentencia determinada.

## **5.2 Revisión de los criterios de legitimidad basados en los aspectos de la práctica judicial.**

Por lo dicho en el punto precedente, todo parece indicar que las posiciones que confían en el respeto escrupuloso de la legalidad (básicamente material) como criterio de “legitimidad de ejercicio” –y, finalmente, como criterio de “legitimidad democrática”– de la labor judicial, al final, no llegan a cubrir la exigencia básica de rigurosidad que se desprende de entender a la legitimidad como la causa que justifica la obediencia o, en sentido inverso, la desobediencia (no existe un método lo suficientemente rígido que, al margen de la subjetividad del juez, nos permita señalar cuál es el significado democráticamente admisible de un texto normativo). Pues bien, corresponde ahora evaluar aquellos planteamientos que, en el marco del Estado constitucional de Derecho, entienden que la labor judicial se “democratiza” por factores distintos (o complementarios) a la estricta sujeción a la ley.

Empezaré por la imparcialidad e independencia del juez. Antes de hacer la crítica correspondiente, es necesario, primero, hacer la siguiente precisión: en sentido estricto, no son lo mismo las exigencias de imparcialidad e independencia de la función judicial. Como señala Barranco, si bien es cierto “la imparcialidad y la independencia en el Estado de Derecho responden a una misma finalidad: el sometimiento a las razones que brinda el Derecho”, también lo es que “la independencia protege al juez de presiones externas, mientras la imparcialidad tiene que ver con las presiones internas”; es decir, “la independencia se orienta a dejar fuera las razones ajenas al Derecho que proceden de otras instancias, mientras la imparcialidad busca dejar fuera las razones ajenas al

proceso que encuentran su origen en el propio juez”<sup>231</sup>. De esta forma, mientras que la independencia implica, entre otras cosas, que el juez tiene –o debe tener– carácter anti-mayoritario o ajeno a las vicisitudes de los poderes políticos de turno a los efectos de que lo que ahí se dice o hace no influya en su fallo, la imparcialidad supone que las razones que sustentan la sentencia son –o deben ser– distintas de los intereses de las partes y de los prejuicios del propio juez<sup>232</sup>. En ese sentido, tanto la independencia como la imparcialidad tienen, en verdad, carácter instrumental en relación con la exigencia de estricta sujeción a la ley: persiguen blindar al juez de presiones externas o internas a los efectos de que éste resuelva solamente según lo dispuesto por el Derecho preexistente. Consecuentemente, si se dice que el juez tiene legitimidad porque es independiente e imparcial, en realidad, se está diciendo que la tiene porque, en virtud de esos atributos, éste falla conforme a Derecho.

Efectivamente, como se dijo, los autores que defienden este criterio sostienen que está justificado –y legitimado– que, en el marco del Estado constitucional de Derecho, sean los jueces y tribunales los encargados de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales porque, a estos efectos, se constituyen en el órgano más idóneo para desempeñar esta tarea: son completamente ajenos a las vicisitudes mayoritarias (son independientes), son neutrales con respecto a los intereses de las partes del conflicto (son imparciales) y, por eso mismo, cumplen su función de resolver controversias tan sólo en atención a lo dispuesto por el Derecho preexistente<sup>233</sup>. Ellos sostienen eso porque, tal como se ha señalado en el párrafo precedente, asumen que ese juez, al ser imparcial e independiente, sólo está parcializado con el Derecho (con la Constitución a la cabeza en el Estado constitucional de Derecho) y, por tanto, que sólo se limita a aplicar o ejecutar las prescripciones del mismo. Es decir, son planteamientos que, en el fondo, visualizan la actividad de juzgar según los parámetros del modelo de juez “guardián”: independencia con respecto de los poderes políticos de turno pero sujeción en relación con el poder político originario (es decir, el constituyente) y, por ende, baja o nula capacidad creativa de Derecho (en especial, constitucional). Se asume, pues, como se dijo en el párrafo precedente, que ese juez imparcial e independiente tiene legitimidad porque, supuestamente, esos dos caracteres garantizan que éste, al fallar, estará completamente sometido al “imperio del Derecho democráticamente producido”.

Pero, desde que se ha demostrado, no sólo que de hecho no está sometido al imperio del Derecho (primera parte), sino que incluso es inviable exigirle ello (punto 5.1), entonces

<sup>231</sup> Barranco Avilés, María del Carmen. “Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo”. En: *Teoría y Derecho*, N° 7, 2010, p. 139.

<sup>232</sup> Cfr., *Ibid.*, p. 144.

<sup>233</sup> Véase el punto 4.1 de esta parte de la presente tesina.

se pone seriamente en cuestión el presupuesto sobre el que descansa la supuesta imparcialidad e independencia de los jueces y tribunales. Si está demostrado que los jueces están parcializados no con ese supuesto Derecho preexistente sino con su propia manera de entender el mismo (y, por tanto, con sus propios prejuicios), entonces ¿por qué tendría que legitimar la labor del mismo el hecho de que son completamente independientes del poder político de turno o que, supuestamente, son imparciales en relación con las partes del conflicto? Si, como se ha dicho, la independencia y la imparcialidad son instrumentales en relación con la exigencia de sometimiento estricto a la ley, y se ha demostrado que esa exigencia es falaz e inviable, entonces ¿no habría que pensar en reformular el sentido de dichos principios o, al menos, reconocer que por sí mismos no son susceptibles de legitimar la actuación de los jueces y tribunales? Piénsese en lo siguiente, si a pesar de haberse cuestionado seriamente la exigencia de estricta sujeción a la ley constitucional y el modelo de juez asociado a la misma (el juez guardián), se sigue manteniendo el sentido primario de los principios de imparcialidad e independencia de la labor judicial, ¿no se terminaría dando cobertura al “imperio de la voluntad del juez”? Consecuentemente, por sí mismos, estos principios no están en aptitud de legitimar la actividad jurisdiccional.

En lo que se refiere a la tesis que plantea entender al proceso judicial como un mecanismo alternativo de participación político-democrática<sup>234</sup>, se puede señalar lo siguiente. No es erróneo reconocer que, en la actualidad, muchos sectores de la población particularmente marginados (social y políticamente), ante la imposibilidad de acceder a los mecanismos de participación democrática ordinarios (porque no cuentan con los recursos necesarios para costear una campaña electoral, para hacer “lobby” o, siquiera, para hacerse visibles en los medios de comunicación social), se ven forzados a tratar de satisfacer sus demandas político-sociales por medio de la demanda judicial que, como se dijo, presenta una serie de ventajas en relación con la vía parlamentaria (es de más fácil acceso y mucho más eficaz). Así, por ejemplo, en el Perú, en el año 2004, dos pacientes con VIH/SIDA, vía procesos judiciales de amparo, lograron que el Estado peruano les otorgue el tratamiento integral correspondiente, incluyendo los medicamentos retro-virales respectivos, dado que al no contar con los recursos económicos necesarios, no podían afrontar el alto costo del tratamiento de esta enfermedad<sup>235</sup>. Es decir, por medio del proceso judicial las organizaciones defensoras de los derechos humanos (que fueron las que patrocinaron estas causas) consiguieron algo que, en su momento, no contaba con respaldo mayoritario en el Parlamento: incluir al VIH/SIDA dentro del catálogo de enfermedades cuyo tratamiento integral tendrá que

<sup>234</sup> Véase el punto 4.2 de esta parte de la presente tesis.

<sup>235</sup> Al respecto, véase las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú del 20 de abril y del 5 de octubre de 2004, recaídas en los expedientes N°s 2945-2003-AA/TC y 2016-2004-AA/TC respectivamente.



ser asumido por la sanidad pública. No cabe duda, entonces, que la vía judicial es, hoy por hoy, un mecanismo a través del cual los sectores marginados del circuito político tradicional, pueden alcanzar sus demandas políticas. Este es un dato que no se puede negar.

Sin embargo, por este solo hecho no se puede concluir que el proceso judicial es un proceso democrático de participación en los asuntos públicos. Primero, porque asumir ello implica presentar a la función judicial como un método de toma de decisiones políticas alternativo e igualmente democrático que el parlamentario, a pesar de que no presenta los caracteres de este último que precisamente son los que lo hacen democrático. Efectivamente, como se sabe, el proceso de decisión parlamentario se considera democrático porque: (i) en él tienen la oportunidad de participar con voz y voto todas las personas interesadas o afectadas por la medida a ser adoptada (al menos ficticiamente); y (ii) es un método de decisión marcado por la presencia de criterios de oportunidad y de factores prudenciales, tales como la negociación y el compromiso. Claramente éstos son elementos completamente ajenos al proceso judicial. En éste, sólo se permite la participación a aquellos que el juez considera tienen “legitimidad para obrar” (activa o pasiva) y, por supuesto, en él las partes no negocian nada (o, al menos, no tienen la necesidad de hacerlo), tan sólo presentan sus posiciones, las defienden y, al final, será el juez (un personaje aristocrático) el que tendrá la responsabilidad de decidir discrecionalmente cuál de ellas tiene la razón. En tal sentido, es evidente que el proceso judicial puede ser un mecanismo para alcanzar ciertos fines u objetivos no tomados en cuenta por el legislador pero, desde luego, no parece ser que un proceso “cerrado” para los que no son “partes”, en el que la última palabra la tiene un “aristócrata”, pueda ser denominado como “democrático” (por más “democráticos” que sean los objetivos a ser alcanzados).

Por lo demás, no debe perderse de vista que presentar al proceso judicial como un proceso más de participación político-democrática implica, también, valorar de forma positiva (o justificar en términos democráticos) la llamada “judicialización de la política”, es decir, ese fenómeno contemporáneo que consiste en trasladar el debate político del Parlamento al foro judicial; fenómeno que, como dicen Guarniere y Pederzoli, “tiende a suprimir la decisión política, aparentemente a favor del derecho, pero en realidad otorgando mayor espacio a los grupos que disponen de recursos para emplearlos eficazmente en el circuito judicial” y, lo que es peor, que “puede llegar a paralizar los procesos de decisión, favoreciendo con frecuencia una menor transparencia y, sobre todo, erosionando radicalmente la responsabilidad política, es decir el principio, fundamental para la democracia, de que siempre hay un responsable de las principales decisiones que afectan a la comunidad, alguien que se puede sustituir mediante la

competición electoral”<sup>236</sup>. Es decir, presentar al proceso judicial como un mecanismo en sí mismo democrático implica, también, defender que la decisión adoptada por un sujeto “irresponsable” políticamente (el juez) en el marco de un proceso usualmente carente de transparencia, es tan democrática como la decisión adoptada por una mayoría, responsable ante el electorado, en el marco de una discusión normalmente pública y abierta a la participación de la ciudadanía. Y si se está defendiendo ello, entonces también se está defendiendo, como alertan Guarnieri y Pederzoli, “dar cada vez más poder a quién no puede ser sustituido”<sup>237</sup>, situación que difícilmente puede ser calificada como “democrática” en el ámbito de la ciencia política. Consecuentemente, no parece ser que el proceso judicial, por sí solo, pueda legitimar la actuación de los jueces y tribunales en términos democráticos.

Paso ahora al planteamiento de Garzón Valdés. Como se dijo<sup>238</sup>, para él, la legitimidad de los jueces y tribunales, en tanto se constituyen en el órgano de cierre del sistema, proviene en última instancia de su “confiabilidad”, es decir, de la subjetiva creencia generalizada (la confianza) de que sus fallos reproducen fielmente la voluntad democrática expresada en el texto constitucional (aun cuando no lo hagan); “creencia” que se genera, según Garzón Valdés, a partir de la comprobación permanente de que la interpretación constitucional efectuada por los jueces y tribunales se corresponde con la sostenida por la “communis opinio”. Pues bien, si esto es así, salta a la vista el problema de este planteamiento: al final, hace descansar la legitimidad de los jueces y tribunales en un criterio sumamente ambiguo: la llamada “communis opinio”. Y es que, no se sabe qué es o, peor aún, cómo se forma: así como podría ser la meditada posición común que sobre un tema sostiene la comunidad jurídica (y acá está el problema de identificar cuál es la “comunidad jurídica”), también podría ser la interpretación que para cualquier ciudadano se deriva de un texto normativo en función del básico sentido común. Incluso, asumiendo que sí es posible identificar la misma, habría que preguntarse lo siguiente: ¿tendría legitimidad una interpretación contra-literal de la constitución siempre que ésta sea apoyada por la “communis opinio”? Tampoco es, pues, un criterio que ofrezca la seguridad necesaria.

Pero no sólo eso. También habría que preguntarse por qué la “confiabilidad” tiene que depender de lo que diga o haga la “communis opinio”. En mi opinión, para el profesor Garzón Valdés debe ser así porque, de esta forma, se dota de un elemento racional a esta “creencia” que, como él mismo señala, “se basa, además, en una serie de supuestos,

<sup>236</sup> Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 169.

<sup>237</sup> Ibid., p. 169.

<sup>238</sup> Véase el punto 4.3 de esta parte de la presente tesina.

algunos de tipo sociopsicológico de difícil fundamentación racional”<sup>239</sup>. Es decir, este autor reconoce que al ser la confiabilidad una “creencia”, además de la *communis opinio*, también tiene sustento (al igual que toda creencia) en un fuerte elemento emocional o, lo que es lo mismo, de “difícil fundamentación racional”. En tal sentido, al excluir a la *communis opinio* de estos elementos emocionales, no cabe más que entender que con la remisión a ésta lo que pretende hacer es darle una base racional a esa creencia en la que consiste la confiabilidad en los jueces y tribunales. Al parecer, pues, cree que de esta forma se dota al proceso de formación de dicha creencia de un parámetro externo u objetivo de comprobación, ajeno a esos elementos sociopsicológicos puramente subjetivos que son de difícil fundamentación racional. Y si ello es así, habría que preguntarse, primero, si la *communis opinio* es realmente un elemento racional y, segundo, si cumple con su objetivo o no (dotar de una base racional a la creencia señalada).

Si se entiende racional, simplemente, como el hecho de dar razones que expliquen el porqué de algo, es evidente que incluso los actos de fe serían “racionales” (se sustentan en “razones” de índole emocional). No creo que éste sea el sentido de “racional” manejado por Garzón Valdés. Intuyo que, para él, lo racional es aquello que se sustenta en esas “verdades morales universales”, cognoscibles en el campo de la ética, en las que consiste el “coto vedado”. En tal sentido, la *communis opinio* será un elemento racional siempre que comulgue con lo dispuesto por el coto vedado... pero, tal como se dijo al finalizar el punto 4.3, el contenido de este último se genera a partir de lo señalado por la primera. Es decir, no sólo es que el coto vedado racionaliza a la *communis opinio* sino que, además, es la *communis opinio* la que le da forma o contenido al coto vedado. Consecuentemente, se puede decir que se está frente a un caso de razonamiento “circular”: la racionalidad de la *communis opinio* depende de un parámetro objetivo como el coto vedado pero, a su vez, la formación de éste depende del consenso intersubjetivo en el que, se intuye, consiste la *communis opinio*. Y si ello es así, entonces creo que esta última difícilmente puede ser un criterio “racional” en el cual basar la “confianza” de los ciudadanos en los jueces y tribunales de última instancia. No obstante, a pesar de ello, tal como diré en el punto 5.3, creo que sí se puede seguir manteniendo como criterio de legitimidad la noción de “confiabilidad” en tanto creencia, ya no de que la sentencia del juez es conforme al sentido defendido por la *communis opinio*, sino de que el fallo final no será arbitrario; creencia que se apoyará en ciertos elementos que, siguiendo la clasificación de Weber, podríamos llamar como “carismáticos”. Este es un asunto que queda, por el momento, pendiente.

---

<sup>239</sup> Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”..., p. 133.

Finalmente, en lo que se refiere al planteamiento de Troper<sup>240</sup>, es conveniente señalar lo siguiente. Asumir que los jueces y tribunales ayudan a formar la voluntad general y, además, que ello está justificado por la forma como éstos participan en el proceso de producción normativa (al final de un procedimiento marcado por el razonamiento jurídico), en mi opinión, es una posición que presenta una clara ventaja: de ella necesariamente se tiene que concluir que cualquier decisión adoptada por el Tribunal Constitucional (y en verdad por cualquier juez cuya sentencia ya no pueda ser revocada), en tanto manifestación de la voluntad general, resulta no sólo ser válida sino también legítima en términos democráticos. Y es que ¿cómo podría no serlo si es que es la propia voluntad general –o parte de ella– la que se está manifestando? En apoyo de este razonamiento se puede resaltar el hecho de que fue la propia voluntad general “originaria” (la constituyente) la que decidió establecer un sistema donde la formación de la voluntad general requiera del concurso de varios órganos incluyendo algunos, como el Tribunal Constitucional, que son no representativos (y aristocráticos); mecanismo en el que, precisamente, el órgano jurisdiccional encargado de velar por la constitucionalidad de la ley tiene un lugar privilegiado al tener el poder de dar la “última palabra” (al igual que cualquier juez cuya resolución ya no puede ser revocada).

Si esto es así, es evidente que la propia voluntad general originaria decidió, desde el inicio, que sea lo que sea que salga del Tribunal Constitucional su decisión es inmodificable; sentencia que, al margen de su contenido, siempre contará con el respaldo democrático de la voluntad general (ella fue la que autorizó esto). Sostener lo contrario implicaría deslegitimar no sólo a los jueces constitucionales sino a todo el sistema de gobierno que creó la voluntad general originaria. ¿Y cómo quedan los derechos fundamentales?, ¿acaso no es cierto que la voluntad general originaria también quiso instituir un sistema de derechos que, como dice Ferrajoli, constituyan la “esfera de lo no decidible”? Sí pero también decidió que fueran los jueces –y sólo los jueces– los órganos encargados de velar por el respeto de esa esfera y, como tal, de darle contenido a esas normas jurídicas que constituyen lo “no decidible”. Entonces, implícitamente aceptó que éstos sí pueden tomar decisiones sobre lo que es lo “no decidible” en el marco del sistema de gobierno por ella instituido. Por tanto, si la voluntad general originaria les otorgó ese extraordinario poder a jueces y tribunales, ¿cómo podría ser ilegítimo su ejercicio? La cuestión está en que así opera o funciona el sistema de gobierno llamado Estado constitucional de Derecho. El planteamiento de Troper ayuda a poner de manifiesto esto.

---

<sup>240</sup> Véase el punto 4.4 de esta parte de la presente tesina.

No obstante, no se puede pasar por alto que lo señalado en el párrafo precedente sólo tiene sentido en una concepción sobre la democracia alejada no sólo de la tradicional (el ilimitado gobierno de la mayoría directamente o por medio de representantes elegidos) sino también de la contemporánea (la llamada “democracia constitucional”). En tal sentido, no se puede decir que los jueces cuentan siempre con legitimidad democrática si es que antes no se ha demostrado que esa concepción tan particular sobre la democracia (véase el punto 2.3.2) es, desde una perspectiva prescriptiva, la “realmente” democrática. Efectivamente, que en el Estado constitucional de Derecho, por la forma en la que está realmente diseñado, sea un hecho que los jueces y tribunales co-gobiernan (una tesis descriptiva), no quiere decir que, desde una perspectiva prescriptiva, esta situación tenga que ser necesariamente valorada como la más “democrática” (hacer esto implicaría incurrir en una falacia: pasar sin más del “ser” al del “deber ser”). Consecuentemente, en tanto no se demuestre que el sentido de democracia descrito por Troper, es el que debe ser apoyado por ser el realmente democrático, entonces no se puede decir que tiene justificación democrática ese órgano de carácter aristocrático que tiene el poder de imponer su voluntad. Por lo demás, en el supuesto de que sí se pudiera demostrar su carácter democrático, habría que tomar en cuenta que solamente podría serlo para la voluntad general “originaria” (la generación que decidió darse ese sistema de gobierno). Y si ello es así, entonces cabría preguntarse ¿por qué las nuevas generaciones, que no participaron en el debate y adopción de ese sistema de gobierno, tendrían que someterse a los mandatos de un órgano “aristocrático”? Aparece, pues, el problema de llamada “objeción inter-generacional”<sup>241</sup>.

Pero no sólo eso, incluso superando estos inconvenientes aparece una nueva dificultad. Según Troper, la participación de los jueces en la formación de la voluntad general está justificada porque se produce como resultado de un procedimiento que, en virtud de determinadas exigencias, impide que los mismos se pronuncien según criterios de oportunidad o, lo que es lo mismo, que evalúen si los fines que persigue la ley son deseables o si los medios que ésta plantea son adecuados para alcanzar dichos fines (esto sólo lo podría evaluar el Parlamento). Pues bien, y al margen de si ello es correcto o no, lo cierto es que, de un lado, es sumamente difícil determinar cuándo un juez constitucional está razonando o no según criterios de oportunidad y, de otro, la jurisprudencia comparada (y la doctrina constitucional) entiende que el mejor método para efectuar el control de la constitucionalidad de las leyes, es someter a las mismas a las reglas del conocido “análisis de ponderación” y, por tanto, evaluar si la ley respectiva es: (i) “idónea” o “adecuada” para alcanzar un objetivo constitucionalmente

---

<sup>241</sup> Sobre este problema, véase: Holmes, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la Democracia”. En: *Constitucionalismo y Democracia*. Jon Elster y Rune Slagstad (compiladores). Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 217-262.

legítimo, (ii) “necesaria” porque no existe un medio alternativo igualmente idóneo que sea menos gravoso con algún posible principio constitucional afectado, y (iii) “proporcional” porque genera más ventajas que daños en relación con el principio constitucional afectado<sup>242</sup>. Es decir, no sólo es que sea problemático delimitar teóricamente los límites de la aristocrática intervención jurisdiccional, sino que además todo parece indicar que los jueces de hecho, al efectuar el análisis de ponderación (que es supuestamente un “método jurídico”), examinan si son deseables los fines que persigue el texto de la ley aprobada (tienen que ser constitucionales o, al menos, no contrarios a los mismos) y, sobre todo, si los medios que ésta propone son idóneos –o más idóneos que otros alternativos (necesarios)– para alcanzar dichos fines con el menor daño posible (proporcional). En tal sentido, no parece ser cierto que “las exigencias relativas a la expresión de la voluntad general” que señala Troper, llegan realmente a impedir que los jueces participen en la formación de la ley según criterios de oportunidad. Por este lado, pues, la tesis de Troper tampoco está exenta de dificultades.

### **5.3 La apuesta por las exigencias procesales básicas y la confiabilidad basada en el “carisma” del juez.**

De lo señalado en los puntos 5.1 y 5.2, queda claro que ni la exigencia de estricta sujeción a la ley material (en cualquiera de sus versiones), ni los aspectos estudiados de la práctica judicial, consiguen por sí mismos legitimar en términos democráticos (o de cualquier otro tipo) la actuación de los jueces y tribunales. Ello es así porque, o bien están atados a la lógica de la democracia constitucional y, por ende, preocupados por hacer viable el irreal modelo de juez “guardián”, o bien terminan proponiendo criterios de legitimidad que no cumplen con la exigencia básica de ser lo suficientemente rígidos o rigurosos como para permitir distinguir con seguridad una actuación judicial legítima de una ilegítima (esta es una crítica presente en todas las propuestas estudiadas). En tal sentido, todavía está pendiente la tarea de encontrar ese criterio que justifique –y, por ende, legitime–, la actuación de los jueces y tribunales entendidos como un cuerpo aristocrático-autocrático que *siempre* actúa *sólo* con discreción en sentido fuerte. Pues bien, en este acápite se va a sostener que en el marco del Estado constitucional de Derecho (que, tal y como está diseñado, permite la configuración de los jueces y tribunales en un cuerpo “aristocrático-autocrático”), a lo más, se puede apostar como criterios de legitimidad de ejercicio del Poder Judicial: (i) por el cumplimiento de ciertas exigencias procesales “básicas” que, a estos efectos, fijarán un piso mínimo por debajo del cual todo fallo judicial deviene en ilegítimo, y (ii) por ciertos elementos

<sup>242</sup> Cfr. Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 77-95.

“carismáticos” (o de “confiabilidad”) que, una vez cumplido con dicho piso mínimo, generan “confianza” en las partes del proceso (y, en general, en la ciudadanía) de que no devendrá en arbitraria la solución final que disponga el juez o tribunal correspondiente.

Empezaré por lo primero. Como se dijo, es la observancia de ciertas reglas procesales “básicas” la que nos puede ofrecer una base meridianamente rigurosa para evaluar la legitimidad (o, mejor aún, la ilegitimidad) de la actuación judicial<sup>243</sup>. Efectivamente, aun cuando las reglas procesales en general también pueden presentar ciertos problemas de ambigüedad (piénsese, por ejemplo, en los textos normativos que persiguen asignar o atribuir competencias entre jueces y tribunales), en mi opinión, sí existe un “núcleo duro” de exigencias procesales que, entendidas en su sentido más básico o elemental, le dan identidad al proceso judicial (sin ellas habría otra cosa) y, como tal, permiten reconocerlo como un proceso contradictorio donde las partes cumplen un rol fundamental (por esta razón, no están necesariamente ligadas a la lógica de la democracia constitucional ni, por ende, al modelo de juez guardián). Dicho en otros términos, la lógica del proceso judicial le impone al juez la observancia de ciertas exigencias procesales básicas si es que quiere, al menos, presentar el fallo como aquel acto que resuelve o pone fin a un conflicto de intereses (un litigio), entre dos o más partes, que fue sometido a su consideración por medio de una demanda (en el ámbito civil) o de una denuncia (en el ámbito penal)<sup>244</sup>. Y si ello es así, en mi opinión, será el cumplimiento de estas exigencias derivadas de la lógica del proceso, ese piso “mínimo” por debajo del cual todo fallo judicial deviene en ilegítimo (aunque, por supuesto, ello no significa afirmar que por encima de las mismas todo fallo judicial deviene necesariamente en legítimo).

<sup>243</sup> Véase el punto 3.3 de esta parte de la presente tesina.

<sup>244</sup> De acuerdo con Couture, “podemos definir (...) el proceso judicial (...) como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión. (...). La idea de proceso es necesariamente teleológica, (...). Lo que la caracteriza es su fin: la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada. En este sentido, proceso equivale a causa, pleito, litigio, juicio” (Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 3° edición, 1988, pp. 121-122). Como dijo en otro momento: “El proceso es, en sí mismo, un método de debate” que “sirve para resolver un conflicto de intereses. Todo proceso presupone uno o más conflictos y es un medio idóneo para dirimirlos por acto de la autoridad. (...). El proceso tiene, como finalidad, hacer cesar el conflicto, mediante un debate preordenado, por acto de la autoridad” (Couture, Eduardo. *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2° edición, 1988, pp. 53 y 55). Calamandrei, por su parte, dirá que “el órgano judicial no se mueve por sí, si no hay alguno que lo requiera o estimule: y el pronunciamiento de la sentencia o la puesta en práctica de la ejecución forzada no sigue inmediatamente a la petición, sino que, antes de que aquel fin sea alcanzado, es necesario que se cumplan numerosos actos que se suceden en un período de tiempo más o menos largo, el conjunto de los cuales, considerados como una unidad en vista del fin que los reúne, constituye empíricamente el proceso en sentido judicial” (Calamandrei, Piero. Op. Cit., p. 318). Finalmente, Carnelutti define el proceso judicial contencioso como “un proceso caracterizado por el fin, que no es otro que la composición de la litis”; es decir, como un proceso dirigido a solucionar “un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida)” (Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 5° edición, Vol. I, 1989, pp. 28 y 43).

Pues bien, ¿cuáles son esas exigencias procesales “básicas”? De todas las posiciones trabajadas en el punto 3.3, queda claro que no existe proceso judicial si es que no se respetan, al menos, los siguientes principios: el de pasividad (o de “no autoconvocatoria”), el de contradicción (más el de congruencia) y el de motivación de la resolución final. Del primero, que indica que el poder del juez nunca se activa “de oficio” sino “a pedido de parte” y, por tanto, que éste solamente puede resolver aquellas controversias que previamente hayan sido sometidas a su consideración, ya me encargué al finalizar el punto 4.2.3 de la primera parte y, como tal, me remito a lo ya señalado en ese momento. Tan sólo voy a agregar lo siguiente: parece ser sumamente razonable sostener que nadie debe obediencia a un mandato judicial que le impone la obligación de comparecer ante el propio juez para defenderse de una acusación, si es que dicha comparecencia no ha sido previamente solicitada en el ámbito judicial por la persona directamente afectada (el demandante) o, lo que es lo mismo, si es que el mandato señalado no es el resultado de haberse iniciado “a pedido de parte” un proceso judicial. Y es que, más allá de lo absurdo del supuesto señalado, es evidente que los jueces, en aras de hacer justicia, no pueden legítimamente sustituir a los individuos en la toma de la decisión relativa a cuándo judicializar un conflicto o controversia interpersonal (hacer ello, simplemente, implicaría una violación de la autonomía de la voluntad)<sup>245</sup>. Es tan cierto esto que ni siquiera en el ámbito penal, donde se considera que la acción es de titularidad pública, el juez puede auto-convocarse: debe esperar que el fiscal respectivo formule la denuncia correspondiente<sup>246</sup>. De esta forma, no parece ser legítimo que un juez que, por ejemplo, ha tomado conocimiento de un despido masivo de trabajadores, decida por cuenta propia abrir un contencioso laboral contra el empleador correspondiente, si es que previamente los trabajadores afectados no se lo han solicitado

<sup>245</sup> Como explica Calamandrei: “Una jurisdicción ejercida de oficio repugnaría, por una razón psicológica antes que jurídica, al concepto que modernamente nos hemos formado de la función del juez, el cual, para conservarse imparcial, debe esperar a ser llamado y limitarse a hacer justicia a quien le pide: de suerte que, si nos dijeran que un magistrado, sin ser solicitado por nadie, se ha puesto en viaje para ir en busca de entuertos a enderezar, nos sentiríamos llevados a considerarlo, más bien que como un héroe de la justicia, como un monomaniaco peligroso, del tipo de don Quijote o del legendario zapatero de Messina” (Calamandrei, Piero. Op. Cit., p. 233).

<sup>246</sup> Como resalta Calamandrei: “hasta tal punto se ha advertido esta incompatibilidad psicológica entre la posición de quien pide justicia y la de quien juzga, que incluso en aquellos casos en los que el Estado siente más imperiosamente el interés en la reintegración de la observancia del derecho, no pudiéndolo subordinar a la petición del particular, no atribuye la facultad de proceder de oficio al juez, sino que crea frente al juez un órgano público que tiene específica función de ejercitar la acción en interés público, y de estimular así la función del juzgador. Esto se ve típicamente en el proceso penal en el que la función del acusador está confiada al ministerio público, especialmente creado para ejercitar la acción penal, que es siempre pública” (Calamandrei, Piero. Op. Cit., p. 234). Es más, ni siquiera en aquellos sistemas que, basados en el Common Law, establecen la figura procesal del “certiorari”, las cortes supremas pueden auto-convocarse: éstas tienen el poder de decidir discrecionalmente qué procesos conocer y resolver pero, y esto es importante, sólo de entre todos los casos en los que alguna de las partes previamente ha solicitado el “certiorari” (Cfr. Ahumada Ruiz, María Ángeles. “El “certiorari”: ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el tribunal supremo de los Estados Unidos”. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 14, N° 41, mayo-agosto 1994, pp. 89-136 y, en especial, pp. 111-118).



presentando la demanda respectiva. El primer criterio, entonces, para evaluar la legitimidad del “aristócrata” llamado juez es verificar que éste no se haya activado por cuenta propia.

Ahora bien, ¿y qué sucede luego de haberse activado a pedido de parte la función judicial?, es decir, ¿qué pasa después de haberse interpuesto la demanda o denuncia respectiva? Si el juez considera que la demanda (o la denuncia) cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia correspondientes (asunto sobre el que tendrá discreción fuerte), entonces se habrá dado inicio a un proceso judicial y, a partir de ese momento, tendrá que respetar ciertas exigencias procesales a los efectos de asegurar que todas las partes vean satisfecho su elemental derecho de defensa. Ello es así porque, a pesar de que el juez tiene el poder de fijar las normas jurídicas que van a ser utilizadas para solucionar el caso, como resalta Ezquiaga, “su actividad está limitada por algunos principios procesales de inexcusable cumplimiento para que sea respetado el derecho de defensa de las partes”<sup>247</sup>; límites que se derivan del vigente modelo de proceso judicial “adversarial” que, según el señalado autor, está caracterizado por entender al proceso “como una contienda o disputa entre dos adversarios que se desarrolla frente a un árbitro relativamente pasivo cuya principal obligación es llegar a un veredicto”<sup>248</sup>. Vale decir, son límites que se presentarían de hecho en virtud del modelo de proceso judicial existente actualmente. Por tanto, una adecuada descripción de los poderes del juez debe dar cuenta también de estas exigencias que aparecen en virtud de entender el proceso judicial como un proceso contradictorio donde las partes juegan un papel fundamental. Y, precisamente, es en ese momento en donde aparecen las exigencias procesales de contradicción y congruencia que, no siendo exactamente lo mismo, operan como criterios reguladores del pleito o disputa inter-partes y, por supuesto, de la propia actividad del juez en el marco del proceso judicial.

Efectivamente, el principio de contradicción es un principio estructural en todo tipo de procesos, es decir, es inherente a la estructura del proceso judicial entendido como contienda o disputa entre dos o más adversarios. Dicho de otro modo, sin él simplemente no habría proceso judicial<sup>249</sup>. Como explica el mismo Ezquiaga, el significado procesal del principio de contradicción exige “que en todo proceso se cuente siempre con dos posiciones enfrentadas, de tal modo que la satisfacción de la pretensión

<sup>247</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. Op. Cit., p. 31.

<sup>248</sup> Cfr., Ibid., p. 32.

<sup>249</sup> Como explica Carnelutti, “puesto que cada uno de las partes tiene interés en la justicia del resultado del proceso sólo en los límites en que éste le favorece, se entiende que una garantía principal de dicha justicia debe consistir en la colaboración de ambas, la cual, dada la oposición de sus intereses, se desarrolla mediante el *contradictorio*. El contradictorio es la regla del proceso contencioso, (...); precisamente porque el contradictorio es un modo de ser normal del proceso contencioso” (Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil...*, p. 184) (la cursiva es del autor).

de una de las partes por el juez debe producirse tras haber admitido y tenido en cuenta la contradicción del adversario o, al menos, tras haber otorgado a éste la posibilidad real de llevarla a cabo. En definitiva, el principio de contradicción exige que las partes sean oídas en cada actuación procesal, ya sea realizada por el órgano jurisdiccional o por la otra parte, y se les de la oportunidad de pronunciarse sobre los hechos alegados y sobre el Derecho aplicable<sup>250</sup>. Es decir, este principio lo que viene a exigir es que, en tanto el proceso judicial es una contienda o disputa entre dos o más adversarios, cada uno de éstos siempre debe tener la oportunidad de “contradecir” o refutar lo argumentado por el otro (o, incluso, por el propio juez), ya sea sobre cuestiones de hecho, ya sea sobre cuestiones de Derecho. Y si ello es así, tal como resalta el mismo Ezquiaga, este principio tendrá dos manifestaciones: (i) al inicio del proceso exigirá que se corra traslado de la acusación al demandado o al imputado para que esté informado y pueda defenderse de lo que se le exige o imputa; y (ii) durante el desarrollo del mismo exigirá que en todo momento las partes ocupen posiciones iguales y tengan conocimiento tanto de los hechos del caso como del Derecho aplicable, lo que a su vez exigirá que éstas: a) dispongan de las mismas oportunidades para alegar y probar los hechos, b) tengan puntual conocimiento y oportunidad de refutar las alegaciones realizadas sobre los hechos por la otra parte o por el propio juez, y c) permanentemente tengan conocimiento de las normas jurídicas que sean consideradas aplicables tanto por la otra parte como por el juez y de las modificaciones que sobre este aspecto se produzcan a lo largo del proceso<sup>251</sup>.

En tal sentido, siempre según la lógica del proceso judicial, devendrá en ilegítima aquella actuación judicial que no ha cumplido con darle a las partes exactamente las mismas herramientas y oportunidades de alegar lo que crean pertinente en torno a los hechos y el Derecho del caso. Y lo sería porque, al hacerlo, estaría desnaturalizando la imagen del proceso como una contienda o disputa entre dos o más partes. Consecuentemente, el juez, si es que quiere que su actuación no devenga irremediabilmente en ilegítima, tendrá que permitir a las partes expresar su punto de vista en torno a los hechos, medios probatorios y material jurídico que sean objeto de controversia. Así, por ejemplo, si el demandante alega que con la prueba “X” se demuestra el acaecimiento del hecho “Y”, entonces el juez tendrá que dar la oportunidad al demandado de alegar lo contrario, es decir, que con dicho medio probatorio no se demuestra la existencia del hecho señalado (porque es falso, porque no prueba nada o porque prueba otra cosa). Del mismo modo, tendrá que darle la oportunidad a las partes de argumentar y contra-argumentar acerca del Derecho que es aplicable para resolver la controversia: por ejemplo, si el demandante sostiene que el

<sup>250</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. Op. Cit., p. 34.

<sup>251</sup> Cfr., Ibid., pp. 34-36.

texto normativo “X” es el pertinente si es que se interpreta según su sentido literal, el demandado tendrá que tener la oportunidad de sostener que dicho texto normativo no es el pertinente ya sea porque de su sentido literal no se desprende lo que el demandante alega, ya sea porque según otro método de interpretación se deduce otra cosa. Y si esto es así, ¿cómo queda el poder discrecional fuerte del juez para valorar los medios probatorios y, por tanto, para fijar los hechos del caso? y, sobre todo, ¿para interpretar los textos normativos y, en general, para construir la norma jurídica que hará las veces de premisa mayor del razonamiento jurídico silogístico? Es evidente que el principio de contradicción no supone negar el jurídicamente ilimitado poder del juez para optar libremente entre alguna de las posiciones en disputa pero, y esto es importante, si éste tiene su propia posición en torno a los hechos o al Derecho (lo cual es perfectamente posible), entonces, antes de resolver la controversia, tendrá que darle a las partes la oportunidad de alegar lo que estimen conveniente<sup>252</sup>. Si hace ello, las partes luego no podrán alegar que fueron “sorprendidas”.

¿Y qué papel cumple, entonces, el principio de congruencia? La lógica del proceso judicial como una contienda o controversia a ser resuelta por un sujeto ajeno a las partes, no sólo exige al juez permitir a las partes decir lo crean conveniente a los efectos de defender sus intereses (y, por supuesto, escucharlas); sino que, además, requiere de éste que se limite a resolver lo que se le está pidiendo o, lo que es lo mismo, que su fallo sea “coherente” con las pretensiones de las partes. Efectivamente, siguiendo a Ezquiaga, se puede decir que el principio de congruencia le exige al juez que haya “congruencia entre el objeto de éste [el proceso] y la sentencia que lo resuelve”<sup>253</sup> y, como tal, que “no existan discordancias entre el fallo judicial y lo debatido en el proceso”<sup>254</sup>. Es decir, mientras que el principio de contradicción exige que las partes efectivamente tengan en todo momento la oportunidad de pronunciarse sobre todos los aspectos de hecho y de derecho del litigio que hubieran sido introducidos al debate tanto por la otra parte como por el propio juez; el principio de congruencia exige que el pronunciamiento judicial que resuelve el proceso (la sentencia) sea coherente o guarde correspondencia con los aspectos del litigio que hubieran sido objeto de debate y sobre los cuales, en virtud del principio de contradicción, las partes del proceso han tenido la oportunidad de manifestarse. Como dice Barranco, “la congruencia (...) es una exigencia que se dirige a asegurar que la decisión judicial da respuesta a las cuestiones planteadas por las partes” y, como tal, “por un lado, exige al juez que considere los argumentos

<sup>252</sup> Cfr. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. Op. Cit., pp. 36-37.

<sup>253</sup> Ibid., p. 39.

<sup>254</sup> Cfr., Ibid., p. 41.

introducidos por las partes, por otro, impide que el juez se desvíe de lo que las partes solicitan”<sup>255</sup>.

Ahora bien, es evidente que la exigencia de congruencia, a diferencia del principio de contradicción, presenta un mayor grado de incertidumbre. En efecto, siempre es posible preguntarse ¿cuáles son los elementos del proceso que deben ser confirmados o contestados por el juez en su decisión para que haya congruencia entre el fallo y lo debatido en el proceso? Aun cuando éste es un tema controvertible, en mi opinión, sí se pueden señalar unos elementos mínimos que, a estos efectos, serían los que habría que tomar en cuenta para evaluar la legitimidad del fallo judicial. En primer lugar, resalta el hecho de que la demanda al estar dirigida siempre contra alguien (el demandado) –y, obviamente, siempre que el juez la haya admito a trámite–, fija las partes procesales del litigio y, por ende, queda el juez vinculado a ellas. En ese sentido, “puede hablarse de una verdadera congruencia subjetiva de la sentencia, ya que ésta no podrá pronunciarse sobre personas distintas a las fijadas por la demanda: el actor (o actores) y el demandado (o demandados)”<sup>256</sup>. De esta forma, aun cuando el juez detecte que, en razón de las normas procesales y sustantivas pertinentes, son otras personas las que cuentan con legitimidad para obrar activa o pasiva, éste no podrá dictar sentencia en relación con las mismas y, por tanto, tan sólo podrá declarar improcedente la demanda (es más, ni siquiera podría emplazar a las mismas ya que, en virtud de la exigencia de “pasividad”, eso le corresponde al demandante). En segundo lugar, también debe tenerse en cuenta que la demanda contiene una petición (el *petitum*) por la que se solicita al órgano jurisdiccional que obligue al demandado a dar, hacer o no hacer algo a favor del demandante. Pues bien, es lógico suponer que el *petitum* no puede ser objeto de modificación por el juez ni a lo largo del proceso ni en la sentencia misma y, por ende, “la sentencia debe inexcusablemente ser congruente con la petición”<sup>257</sup>. Debe dar respuesta, pues, a lo que se le está pidiendo.

Ya se sabe, entonces, que el juez legítimamente no puede fallar contra persona distinta de las partes del proceso, ni otorgar o rechazar cosa distinta a la planteada en la petición de la demanda. Si se le pide, por ejemplo, ordenar a la empresa “X” (la demandada) abonar una indemnización (el *petitum*) a un trabajador “Y” (el demandante), no podrá

---

<sup>255</sup> Barranco Avilés, María del Carmen. “Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo”..., p. 145. Como explica Carnelutti: “El juez, pues, tiene necesidad de las partes, no sólo para saber si ellas tienen necesidad de él, sino para saber dentro de que límites tienen esa necesidad. No sólo, pues, *nemo iudex sine actore*, sino además *ne eat iudex ultra petita partium*. La regla según la cual el juez no puede juzgar más allá de la demanda, o sea que la demanda fija los límites de la potestad jurisdiccional, está fundada sobre este principio tan simple; en el terreno del acuerdo, el juez no puede ir más allá, solamente el desacuerdo libera su poder” (Carnelutti, Francesco. *Derecho y proceso*... pp. 105-106).

<sup>256</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. Op. Cit., p. 53.

<sup>257</sup> Ibid., p. 53.

legítimamente disponer la reposición del mismo, ordenar el pago de dicha indemnización también a un trabajador “Z” (aun cuando esté en la misma situación) o establecer que cumplir con dicha obligación también es responsabilidad de la empresa “W” (aun cuando entienda, por ejemplo, que al estar vinculadas tienen responsabilidad solidaria). Pues bien, ¿y qué sucede con los fundamentos de hecho y de Derecho que sustentan el petitum o la respuesta del demandado? Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la congruencia del fallo exige que se de respuesta tanto al petitum, como a los fundamentos factuales y jurídicos que sustentan lo que se pide, pero sin que sea precisa la identidad “entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere procedente el juez”<sup>258</sup>. Y es que, como dijo en otro momento, “los tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, (...)”<sup>259</sup>. De esta forma, parece claro que el principio de congruencia exige que el juez: (i) se pronuncie sobre los fundamentos de hecho de la demanda (y de la contestación se sobreentiende) y, como tal, que expresamente diga si los mismos están probados o no; y (ii) determine si los alegatos de Derecho de las partes son los adecuados para resolver la controversia pero, y esto es importante, ello no quiere decir que no pueda fundamentar su fallo en razones jurídicas distintas o, lo que es lo mismo, introducir interpretaciones “propias” de los textos normativos (aunque, como se dijo en relación con el principio de contradicción, sí tendría que someter la misma a la consideración de las partes). En consecuencia, la exigencia de coherencia también haría que devenga en ilegítima aquella sentencia que no se pronuncia sobre los hechos y el Derecho alegados por las partes, en este último caso ya sea por omisión, ya sea por error (se pronuncia sobre otros hechos).

En suma, todo parece indicar que las exigencias elementales derivadas del proceso trabajadas en este punto ofrecen una base sólida a los efectos de evaluar la ilegitimidad o no de la actuación judicial. Entonces, si el juez cumple con estas exigencias procesales ¿no habría motivos para cuestionar la legitimidad de su fallo? En mi opinión, si se cumple con las exigencias procesales de pasividad, contradicción y congruencia será muy difícil que el fallo, en su contenido, sea completamente irracional o absurdo para las partes. Y es que, al final, las interpretaciones creativas que pudiera elegir el juez, de alguna manera, tendrán que haber sido sugeridas por las partes o, en su defecto, haber surgido durante el desarrollo del proceso (y, por tanto, habrían sido debatidas)<sup>260</sup>. Es

<sup>258</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España N° 112/1994, del 11 de abril, F.J. 7.

<sup>259</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional de España N° 111/1997, del 3 de junio, F.J. 2 y N° 20/1982, de 5 de mayo, F.J. 2.

<sup>260</sup> Cfr. Barranco Avilés, María del Carmen. “Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo”..., p. 145.

decir, la norma jurídica que, según la voluntad del juez, hará las veces de premisa mayor, siempre tendrá que ser una que permita dar solución a lo solicitado por las partes y, por supuesto, también tendrá que ser coherente con lo debatido durante el proceso. Claramente, pues, el cumplimiento de estas exigencias procesales acota, en el plano de la legitimidad, el jurídicamente ilimitado poder discrecional del juez.

No obstante, hay que ser conscientes de que aún es posible que una actuación judicial, a pesar de haber respetado las mencionadas reglas procesales básicas, devenga en ilegítima. En efecto, que el juez tenga que resolver aquello que se le ha solicitado y según lo debatido en el proceso, no significa que no pueda imponer una interpretación “descabellada” acerca del sentido de un texto normativo que, a su juicio, es el pertinente para solucionar el caso que está en sus manos. Que deba anunciar previamente esa interpretación (en virtud de la exigencia de contradicción), no quiere decir que, a pesar de la oposición de las partes, no pueda insistir en la misma. Y si ello es así, de optarse únicamente por este criterio de legitimidad, se corre el riesgo de aceptar automáticamente como legítimo cualquier fallo judicial por el solo hecho de haber sido adoptado en el marco de un proceso signado por las reglas básicas sobre el debido proceso. Es, sin duda, un criterio más riguroso —o seguro— en comparación con los basados en normas sustanciales pero, y esto es relevante, se corre el riesgo de aceptar como legítimo cualquier pronunciamiento judicial que hubiera sido adoptado respetando las reglas procesales básicas. Es por esta razón que, en mi opinión, éstas tan sólo hacen las veces de un “piso mínimo” de legitimidad: por debajo de ellas, toda actuación judicial deviene en ilegítima pero, por encima de las mismas, todavía queda abierta la incertidumbre. ¿Cómo hacer, entonces, para “cerrar el círculo” de la legitimidad? Es a partir de este momento, desde mi punto de vista, en que comienzan a operar esos elementos “carismáticos” que generan “confiabilidad” en la persona del juez.

Efectivamente, como se dijo al momento de estudiar la posición de Garzón Valdés (véase los puntos 4.3 y 5.2), todo parece indicar que existe un elemento de “confiabilidad” en aquellas personas que ocupan la posición de juez. Para dicho autor, esta confianza implica una subjetiva “creencia” generalizada: que los jueces y tribunales, en especial los que tienen el poder de decir la última palabra, fallan siempre conforme a lo previsto en la Constitución (aun cuando de hecho no lo hagan); creencia que se generaría, según Garzón Valdés, a partir de la comprobación permanente de que la interpretación judicial de la Constitución se corresponde con la sostenida por la “communis opinio”. A pesar de que, en el punto 5.2, señalé la inconveniencia de adoptar este parámetro de referencia, creo que Garzón Valdés acierta al resaltar este elemento de “confiabilidad”. Es decir, que esa creencia no se genere —o no se pueda generar— a partir de la mencionada *communis opinio* (criterio sumamente ambiguo y

gaseoso), no quiere decir que no exista la creencia generalizada de que los jueces, al momento de resolver las controversias, sólo aplican el derecho preexistente. Es más, como se dijo en el punto 2.3.1, la efectividad práctica de la ideología del “constitucionalismo” y de su construcción llamada “democracia constitucional”, al final, descansa en un “voto de confianza”: que los jueces y tribunales, en la medida que son los “guardianes” del sistema, tan sólo van a desempeñar sus funciones según la lógica de la teoría cognitiva de la interpretación judicial. Es un hecho, entonces, que esa creencia existe. La pregunta ahora es: ¿cómo se forma la misma?, es decir, ¿cuáles son los elementos que participan en su producción y reforzamiento?

En mi opinión, y reconozco que esto es más una intuición, ese elemento de confianza en la persona del juez se genera a partir de que se asume, en principio, que éste posee ciertas cualidades y/o actitudes que lo convierten en un individuo especialmente capacitado para desempeñar la compleja función de *decir* Derecho y, como tal, resolver controversias. Y si ello es así, entonces la creencia de que los jueces siempre cumplen su función según lo dispuesto por el Derecho preexistente, al final, dependerá de una serie de características que, siguiendo a Weber, podríamos denominar como “carismáticas”. Efectivamente, como se sabe, este autor explica que el fundamento primario de la legitimidad de una dominación, en su forma pura, puede ser de tres tipos: (i) de carácter racional, en la medida que la misma descansa en la legalidad del orden del que emanan los mandatos y de los derechos de mando de las autoridades por él estatuidas (autoridad/dominación legal); (ii) de carácter tradicional, en la medida que la legitimidad descansa en la tradición y en los señalados por la misma para ejercer autoridad (autoridad/dominación tradicional); y (iii) de carácter carismático, en la medida que la adhesión interna deriva de la confianza en la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y, por supuesto, de las ordenes por ella emitidas (autoridad/dominación carismática)<sup>261</sup>. Pues bien, lo que estoy tratando de decir es que, en el marco del Estado constitucional de Derecho, en la medida que los criterios de legitimidad que podríamos llamar “racionales” fallan (véase el punto 5.1), entonces la obediencia a los jueces o bien tiene sustento en la tradición, o bien en el “carisma” de la persona que detenta esa posición.

---

<sup>261</sup> Cfr. Weber, Max. *Economía y sociedad...*, pp. 172-173 y 706. Los tres tipos poder legítimo de Weber son explicados por Bobbio de la siguiente manera: “Los tres tipos puros o ideales de poder legítimo son, de acuerdo con Weber, el poder tradicional, el poder legal-racional y el poder carismático. (...): en el poder tradicional el motivo de obediencia (...) es la creencia en la sacralidad de la persona del soberano, sacralidad que deriva de la fuerza de lo que dura, de lo que siempre ha sido y, en cuanto siempre ha sido, no hay razón para cambiarlo; en el poder racional, el motivo de la obediencia deriva de la creencia en la racionalidad del comportamiento conforme a las leyes, esto es, a normas generales y abstractas que instituyen una relación impersonal entre gobernante y gobernado; en el poder carismático, por la creencia en las dotes extraordinarias del jefe” (Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad...*, pp. 126-127).

Pero, en tanto que se está hablando de un elemento subjetivo llamado “confiabilidad”, todo parece indicar que, más que la tradición, lo que está detrás de la legitimidad de los jueces y tribunales es, en el fondo, la creencia de que éstos poseen especiales actitudes y aptitudes para desempeñar sus funciones<sup>262</sup>. Es decir, al parecer la obediencia a dichos aristócratas, al final, descansa en la confianza que su “carisma” genera. Efectivamente, como resalta Weber, “debe entenderse por “carisma” la cualidad, que pasa por extraordinaria (...), de una personalidad, por cuya virtud se la considera en posesión de fuerzas (...) específicamente extracotidianas y no asequibles a cualquier otro (...), o como ejemplar (...)”<sup>263</sup>. De esta forma, más que la *communis opinio*, lo que genera esa creencia de que los jueces aplican el Derecho, es el hecho de que se piensa que ellos, por su formación y personalidad, tienen cualidades especiales (“no asequibles a cualquier otro”) que les permiten determinar cuál es la ley aplicable en cada caso concreto. De alguna forma, pues, se confía en su poder intelectual, en su rectitud, en su imparcialidad, en su especial sentido de la justicia, etc. Que quede claro, no estoy diciendo que son infalibles, ni siquiera de que existe la creencia de que lo son, sino que esas especiales capacidades y aptitudes (que también se conocen como “virtudes”) que usualmente se le exigen a la persona que aspira a ocupar la posición de juez, de alguna manera, sirven para legitimar el futuro desempeño de su cargo. Si se está de acuerdo con esto, no cabe más que reconocer que la legitimidad de la función judicial tiene un fuerte componente “carismático” (por no decir determinante). Y si ello es así, entonces habrá que estudiar cuáles son, precisamente, esas capacidades y virtudes que un “buen juez” debe tener. Este es un asunto que, como se dijo en la introducción de esta tesina, por el momento queda pendiente.

---

<sup>262</sup> No por nada un autor como Carnelutti dirá lo siguiente: “Puesto que juzgar es necesario, hay que encontrar al hombre digno de juzgar. Todos los medios excogitados a este respecto para la elección del juez deben ser considerados desde este punto de vista. (...). El problema del juez se inserta, por tanto, en el problema del desarrollo de la personalidad, (...). El juez debería ser elegido entre aquellos que se encuentran en el punto más alto de este desarrollo. Nunca se darán suficientes cuidados para esta elección; ni para determinar en torno al juez un ambiente de bienestar y de prestigio, capaz de estimular a los mejores para desear tal oficio. Entre los factores de la personalidad merece tenerse grandemente en cuenta la cultura; pero otro tanto y más la moralidad, y sentiría ganas de decir, más simplemente, la bondad, aludiendo a la insuficiencia del pensamiento y por tanto a la necesidad del amor para dar al juez fuerza de ser el otro, de la cual verdaderamente depende su capacidad de juzgar” (Carnelutti, Francesco. *Derecho y proceso...*, p. 83).

<sup>263</sup> Weber, Max. *Economía y sociedad...*, pp. 193 y 711-712.



## CONCLUSIONES

1. En el marco de una concepción tradicional sobre la democracia, el problema de los jueces es el problema de determinar si constituyen un “poder”, es decir, si pueden imponer válidamente su propia voluntad, y no la de los órganos de representación popular, al momento de cumplir con su función de resolver controversias. Para saber si los jueces, en una democracia, aplican su propia voluntad o se someten a la del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, es necesario dilucidar si, de hecho, cuentan con “discreción” para crear la norma jurídica sobre la base de la cual resolverán la controversia que está en sus manos (discreción judicial “fuerte”). Dado que la interpretación constituye siempre el paso previo al acto de aplicación normativa, entonces resulta que el problema de la discreción judicial se reconduce a la no menos problemática cuestión de la interpretación judicial. En tal sentido, la cuestión del “Poder Judicial”, al final, termina siendo el problema de determinar si la interpretación judicial consiste en un acto “productor” (o de la “voluntad”) o “re-productor” (o del “conocimiento”) del Derecho.
  
2. En la literatura jurídica contemporánea, existen cuatro distintas teorías o concepciones sobre la interpretación judicial. En primer lugar, está la tesis cognitiva que, visualizando el acto de interpretar como un acto *siempre* del conocimiento, entiende que los jueces o bien son un poder “nulo” (la tesis determinista o mecanicista defendida por el positivismo decimonónico) o bien un poder en todo caso “débil” (los planteamientos de Dworkin y de Atienza). En segundo lugar, está la teoría escéptica o realista que, concibiendo al proceso de interpretación como un acto *puro* de la voluntad, presupone una concepción siempre “fuerte” –e ilimitada– del poder del juez. En tercer lugar, está la tesis intermedia que, a diferencia de las dos anteriores, presenta a la interpretación judicial como un acto *a veces* del conocimiento y *a veces* de la voluntad (las posiciones de Hart y Bulygin) y, como tal, exige asumir una concepción a veces “fuerte” a veces “débil” –o, incluso, “nula”– del poder de los jueces. Finalmente, siendo la más reciente de todas, está la teoría de la determinación mínima del Derecho que, diferenciándose de todas las anteriores, sostiene que la interpretación judicial es *siempre* un acto del conocimiento y de la voluntad *a la vez* y, por ende, presupone una concepción “fuerte” del poder de los jueces pero –y esto es clave– que actúa siempre sobre la base de ciertos límites cognitivos o del conocimiento.
  
3. Del estudio de la tesis cognitiva defendida por el positivismo decimonónico, se deduce que ésta es la posición más débil de todas. Ello es así porque, en realidad, es un planteamiento prescriptivo sobre este problema y, como tal, metodológicamente

no resulta ser el más adecuado. La concepción mecanicista de la actividad judicial, en verdad, lo único que hace es elaborar una prescripción sobre la interpretación que es perfectamente compatible con su pre-concepción sobre la democracia y el Derecho. En tal sentido, no explica qué es realmente la interpretación judicial sino cómo debería ser la misma (una actividad del conocimiento) para que sea compatible con el marco ideológico que defiende. No es, pues, una posición fiel con el planteamiento positivista metodológico de la neutralidad valorativa. No por nada esta tesis ha sido abandonada por el positivismo contemporáneo.

4. De un análisis detallado de la posición defendida por Dworkin, se ha llegado a la conclusión que la misma tampoco constituye una explicación adecuada sobre lo que es, en los hechos, la interpretación judicial. Ello es así porque, aun aceptando que existen “principios” en el Derecho, es erróneo suponer que éstos ofrecen una sola respuesta correcta para cada caso concreto. Está demostrado que dichos principios, primero, no son un estándar normativo pre-existente y obligatorio para el juez y, en todo caso, que su presencia en los ordenamientos contemporáneos no llega a eliminar el momento discrecional fuerte en el acto de juzgar: no existen “meta-principios” que resuelvan los casos de conflicto entre principios. Por lo demás, el propio autor ha dicho que su tesis de la única respuesta correcta no supone afirmar que existen “respuestas realmente correctas” en el Derecho, sino tan sólo reconocer que los operadores jurídicos siempre creen que la posición que ellos defienden es la respuesta correcta para el caso correspondiente. La tesis fuerte de la discreción judicial, entonces, subsiste a las objeciones de Dworkin.
5. La tesis cognitiva sostenida por Atienza tampoco es acertada. Está demostrado que la concepción del Derecho como una “práctica social”, a pesar de lo por él sostenido, termina resaltando el rol eminentemente normativo que cumplen los jueces: en esta lógica, están para corregir las falencias del legislador y, si esto es cierto, entonces deberán contar al menos con los mismos poderes que éste tiene para interpretar discrecionalmente los principios. Desde esta perspectiva, a los más, se puede decir que los jueces son “co-legisladores” pero nunca que no tienen discreción para crear normas jurídicas. Además, también es erróneo asumir, como él lo hace, que el razonamiento analógico elimina la discreción judicial en sentido fuerte: está demostrado que el criterio de comparación implícito en toda analogía *siempre* es producido por el propio juez que la utiliza. El razonamiento analógico, entonces, no excluye la discreción judicial en sentido fuerte sino que tan sólo la retrasa. Por tanto, los planteamientos cognitivos estudiados no llegan demostrar que los jueces *nunca* actúan con discreción judicial en sentido fuerte.

6. De la crítica a los planteamientos intermedios, se ha llegado a la conclusión que no es correcto asumir que la interpretación judicial es *siempre* una actividad del conocimiento en los casos claros (Hart) o en las “situaciones normales” (Bulygin). Ello es así porque la distinción entre “zona clara” y “zona de penumbra” o entre “situaciones normales” y “lagunas normativas”, no es una distinción “objetiva” que no depende de las valoraciones subjetivas del intérprete (el juez). Por el contrario, está demostrado que la identificación de la zona clara de un texto normativo o de la solución genérica prevista en una regla creada por el legislador, también está sujeta a la discrecionalidad fuerte del juez (no existe un criterio *ex ante* que regule esa toma de decisión) y, por tanto, que es “relativa” a este último y no al lenguaje utilizado por los enunciados jurídicos. Es tan cierto esto que incluso un caso puede ser tratado como “difícil” si el juez de la causa entiende que la solución “claramente” prevista por el legislador plantea serios problemas valorativos y, como tal, que debe fallar en contra de lo expresado textualmente en el enunciado normativo. Está demostrado, entonces, que no existen límites cognitivos al poder discrecional fuerte del juez ni siquiera en los casos supuestamente claros.
  
7. La tesis de la determinación mínima del Derecho tampoco llega a demostrar que existen límites cognoscitivos al poder discrecional fuerte del juez. Ello es así porque, de comprobarse que el lenguaje jurídico utiliza para expresarse al lenguaje natural, no se puede concluir –como se hace desde esta postura– que las reglas semánticas y sintácticas de este último se transforman *por lógica* en reglas jurídicas obligatorias que actúan condicionando la validez de las decisiones interpretativas. Para tener esa condición, tendría que haber dentro del Derecho alguna regla positiva expresamente producida por la autoridad competente que así lo disponga o, al menos, tendría que existir una práctica social de seguimiento que así lo establezca. La cuestión es que está demostrado: (i) que, en caso de existir una regla como la señalada, tan sólo sería un enunciado jurídico que siempre estaría sujeto a los poderes interpretativos fuertes del juez, y (ii) que, en caso de incumplimiento de la misma, al contrario de lo sostenido por la defensora de esta tesis, existe la práctica común de seguimiento de los fallos judiciales definitivos al margen de si son racionales o no. En tal sentido, la tesis de la determinación mínima tampoco llega a demostrar que los jueces *nunca* actúan *sólo* con discreción fuerte.
  
8. De haberse analizado y refutado cada una de las objeciones realizadas al planteamiento realista de la interpretación judicial, se ha llegado a la conclusión que la misma continúa siendo la mejor explicación sobre lo que, de facto, hacen –o pueden hacer– los jueces al momento de resolver controversias. Ello es así porque: (i) aceptar que un Derecho preexistente creó a los jueces, no implica negar que

éstos, luego de creados, actúan sin estar sujetos a límites normativos materiales o procedimentales; (ii) constatar que los propios jueces, desde el punto de vista interno, presentan sus fallos como “fiel” reflejo del Derecho preexistente, no quiere decir que, desde el punto de vista externo, ello sea correcto; (iii) demostrar que los jueces no son infalibles, no supone negar que todos sus fallos definitivos, aun los absurdos, siempre son válidos; (iv) afirmar que un juez puede asignar, como posibilidad siempre presente, cualquier significado a un enunciado jurídico, no supone afirmar también la irrelevancia de éstos o de sus exigencias de claridad y publicidad; y (v) reconocer que las sentencias también son pasibles de interpretación, no implica negar que siempre habrá un juez que, según su voluntad, resolverá en última instancia el conflicto de intereses correspondiente. Por tanto, está demostrado que la interpretación judicial constituye un acto *puro* de la voluntad y, como tal, que los jueces *siempre* actúan *sólo* con discreción fuerte.

9. Está demostrado, entonces, que los jueces pueden decidir válidamente lo que quieran. Al ser la interpretación un acto sólo de la voluntad, siempre crearán la norma jurídica que, según su criterio, será la que resuelva el conflicto que ha sido sometido a su consideración. Son, pues, un poder jurídicamente ilimitado; esto es, un “Poder Judicial” en todo el sentido del término (imponen siempre su propia voluntad). No obstante, es necesario añadir un matiz: los jueces no se pueden auto-convocar. Su extraordinario poder *siempre* opera en el marco de un proceso judicial iniciado “a pedido de parte” y, como tal, es un hecho que carecen del carácter autónomo y autodeterminado de la actividad parlamentaria o ejecutiva. En tal sentido, es cierto que los jueces, en el marco de las democracias contemporáneas, son un real Poder Judicial pero, en tanto requieren de un impulso externo a ellos para operar, también se puede decir que no son el “único” Poder existente. *Siempre* actúan *sólo* con discreción fuerte, pero debe reconocerse que la voluntad del juez *sólo* se impone en el marco de un proceso judicial iniciado *a pedido de parte*. Éste es un dato empírico que desde el realismo interpretativo no se puede soslayar y, por ende, es el ineludible dato fáctico sobre el cual tendrá que construirse el modelo de juez de la democracia.
10. El problema del poder de los jueces no acaba con constatar que válidamente pueden decidir lo que quieran (una descripción). Tanto o más importante es determinar cuál es el ámbito de actuación “legítima” que se le reconoce a los mismos en el marco de la concepción más elaborada sobre la democracia: el Estado constitucional de Derecho (una prescripción). Para resolver este problema, a su vez, es necesario indagar por las razones que, en ese marco, hacen que una actuación de un juez o de un tribunal pueda ser calificada como “obedecible” y, por supuesto, optar por

aquellas que, realmente, permitan discriminar una actuación judicial legítima de una ilegítima (una prescripción crítica). En tal sentido, desde esta perspectiva, el problema del poder de los jueces es el problema de determinar cuáles son los “criterios de legitimidad” más adecuados o factibles para regular la función jurisdiccional en el modelo de Estado constitucional de Derecho.

11. De haberse estudiado los tres modelos más desarrollados de Estado de Derecho (el exigente, el garantista y el constitucional), se ha llegado a la conclusión que los mismos son modelos que a la vez que se reconocen como “democráticos”, permiten que en el marco de un proceso judicial la voluntad que finalmente se imponga no sea la democráticamente producida sino la del juez o tribunal correspondiente. Ello es así porque, aun cuando proclaman que todos los poderes se encuentran sujetos al “imperio del Derecho”, por la forma en la que están estructurados, admiten la posibilidad de que al final los poderes públicos y privados terminen estando sometidos a la interpretación del Derecho hecha por los jueces y tribunales, en especial a la de aquellos cuyas resoluciones ya no son susceptibles de impugnación alguna. Está demostrado, entonces, que la lógica del Estado constitucional de Derecho presupone una forma de entender la democracia en la que forzosamente se asume que no es incompatible el gobierno democrático del pueblo con la presencia de poderes discrecionales no representativos (el Poder Judicial).
12. También está demostrado que el sentido de democracia implícito en el modelo de Estado constitucional de Derecho no puede ser el de la llamada “democracia constitucional”. Ello es así porque el modelo de juez “guardián” exigido por la misma, sigue siendo un modelo de juez ejecutor o “boca muda”, no de la ley, pero sí de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y, como tal, es una concepción en la que se asume que la función judicial, a pesar de todo, termina siendo un acto del conocimiento y no de la voluntad. En tal sentido, es una concepción que niega la existencia de “Poder Judicial” y, como tal, presupone un modelo de juez que puede ser calificado como “irreal” o, al menos, como incoherente con lo que de hecho sucede en la praxis. Es tan cierto esto que, al final, las posibilidades de realización fáctica del mismo descansan en un “voto de confianza” en la virtud del propio juez; es decir, en la banal esperanza de que éste nunca aborde sus funciones según la lógica de la teoría escéptica de la interpretación judicial.
13. Del análisis crítico del modelo de Estado constitucional de Derecho, se ha llegado a la conclusión que el concepto de democracia implícito en el mismo es uno donde el “gobierno del pueblo” se manifiesta, no sólo por medio de representantes

directamente elegidos (como se asume en la concepción tradicional), sino también a través de una serie de órganos estatales discrecionales de carácter “no representativo” (como los jueces). Ello es así porque, al admitir la presencia de juez y tribunales como Poder Judicial, instituye un procedimiento de formación del Derecho, el mecanismo a través del cual se manifiesta el gobierno del pueblo, en el que la última palabra sobre el sentido del mismo, en caso se presente la demanda correspondiente, la tendrán los jueces y tribunales, en especial aquellos cuyas resoluciones son inmodificables. En tal sentido, está demostrado que el modelo de Estado constitucional de Derecho, desde una perspectiva descriptiva, es realmente un sistema donde se confía parte del “gobierno del pueblo” a una autoridad sumamente poderosa (el Poder Judicial) que, al tener carácter no representativo y realizar siempre un acto puro de la voluntad, debe ser calificada como “aristocrática-autocrática”. Éste es un dato que pone seriamente en duda la posibilidad de legitimar en términos democráticos la labor discrecional de los jueces.

14. Para tratar de legitimar la labor de los jueces, en el marco del Estado constitucional de Derecho, en primer lugar, se han propuesto una serie de criterios que, en líneas generales, plantean evaluar la legitimidad de los mismos en función de su grado de compromiso con la exigencia de estricta sujeción a la ley democráticamente producida (ya sea material, ya sea procesal). Éstos, a su vez, pueden ser reagrupados en tres sub-grupos: (i) los que de forma genérica tratan sobre la sujeción de todo juez, ordinario o constitucional, al Derecho preexistente; (ii) los que adecuan ese criterio y adoptan una posición en el ámbito de la justicia constitucional; y (iii) los que prestan particular atención al cumplimiento de las reglas procesales de la práctica judicial al momento de evaluar la legitimidad de la misma. La crítica general que se puede hacer a todas estas posiciones (salvo, a la del tercer subgrupo) es que, de un lado, presuponen que es posible hacer efectivo el irreal modelo de juez guardián y, de otro, no especifican claramente qué es o, mejor aún, cómo hacer viable la estricta sujeción a la Ley o la Constitución. Ello es así porque está demostrado que no existe aquel método de interpretación que sea infalible —o lo suficientemente riguroso— a los efectos de “descubrir” el significado que objetivamente refleje la voluntad democrática del pueblo o, siquiera, de sus representantes elegidos.
15. Del estudio de las posiciones que tratan sobre la estricta sujeción a la ley en cualquier tipo de proceso, se ha llegado a la conclusión que ninguna cumple con la exigencia básica de rigurosidad derivada de entender a la legitimidad como la razón que justifica la obediencia (y, lógicamente, la desobediencia). Ello es así porque: (i)

Díez-Picazo no señala cuál es ese método “riguroso” que garantiza la interpretación “racional” de un texto normativo; (ii) el método de interpretación sociológico propuesto por Elías Díaz no resulta ser el más adecuado en contextos de regresión social en materia de derechos humanos y, en todo caso, le deja un amplio margen de discreción al juez respectivo que tendrá que evaluar si se ha producido un cambio social o no y cuáles son las condiciones para asegurar la intangibilidad de las libertades individuales básicas; y (iii) no es viable la estricta sujeción a la ley “válida” exigida por Ferrajoli ya que, primero, son los propios jueces los que tendrán que definir el sentido de los “criterios sustanciales de validez”, segundo, del hecho de que los jueces tengan la necesidad de presentar su actividad como un acto del conocimiento, no se deduce que la misma sea “tendencialmente cognoscitiva” como él afirma y, tercero, resulta ser contradictorio con su propia posición afirmar que los jueces no tienen legitimidad para reparar antinomias (los ordinarios) y lagunas legislativas (los ordinarios e, incluso, los constitucionales).

16. Está demostrado que las posiciones que se centran en la estricta sujeción a la ley en el ámbito de la justicia constitucional, tampoco cumplen con la exigencia básica de rigurosidad. Ello es así porque: (i) limitar el control de la constitucionalidad de las leyes a aquellas que sean producto de un especial “momento constitucional”, tal como exige Ackerman, aún deja en manos de los jueces la discrecional tarea de determinar si se ha producido o no uno de esos momentos “especiales” y, sobre todo, cuál es el sentido de la decisión adoptada en los mismos; (ii) restringir la justicia constitucional al control de las normas relativas a la participación democrática en el proceso político, tal como propone Ely, sigue siendo sumamente ambiguo ya que es posible sostener interpretaciones restrictivas y extensivas de las condiciones necesarias para asegurar el correcto funcionamiento del mecanismo democrático de toma de decisiones; y (iii) asignar a los jueces constitucionales, además de lo señalado por Ely, la labor de garantizar la adopción de decisiones privadas relativas al plan de vida, como hace Gargarella, solamente añade un elemento adicional de incertidumbre: no se sabe con certeza cuáles son las condiciones que se requieren para que los individuos no vean mermada su autonomía para elegir y desarrollar planes de vida.
17. Dado que la estricta sujeción a la ley (material) falla como criterio de legitimidad, algunos autores han puesto el acento en una serie de aspectos de la labor judicial que, a su criterio, permiten presentarla como “democrática”. En primer lugar, están aquellos que resaltan la especial idoneidad del juez, en tanto sujeto “imparcial” e “independiente”, para desempeñar la función de juzgar. Luego, está aquella posición que entiende que el proceso judicial es, en sí mismo, un proceso

alternativo –y más eficaz– de participación democrática en los asuntos públicos. En tercer lugar, está la posición de Garzón Valdés que sostiene que los jueces se legitiman en función de un rasgo personal: ser “confiables” para los justiciables. Finalmente, está el planteamiento de Troper que afirma que la presencia de los jueces como Poder Judicial, en el seno de las democracias contemporáneas, se justifica por la manera como los mismos intervienen en el proceso de formación del Derecho.

18. Del análisis de las posiciones que ponen el énfasis en los aspectos de la práctica judicial, se ha llegado a la conclusión que tampoco cumplen con ofrecer un criterio de legitimidad que sea factible. Ello es así porque: (i) las exigencias de imparcialidad e independencia, a su vez, son instrumentales en relación con la exigencia de estricta sujeción a la ley, y en tanto se ha demostrado que esta última no es posible de cumplir, entonces se pone seriamente en cuestión la aptitud de las mismas para legitimar la labor de un sujeto sometido únicamente a su propia voluntad; (ii) de reconocer que el proceso judicial puede ser un mecanismo eficaz para alcanzar ciertos fines no tomados en cuenta por el legislador, no se puede deducir que un proceso “cerrado” para los que no son “partes”, en el que la última palabra la tiene un “aristócrata”, pueda ser calificado como “igualmente democrático” que el proceso político parlamentario; (iii) la “communis opinio”, criterio en el que basa Garzón Valdés la “confiabilidad”, no cumple con la exigencia básica de certeza y resulta ser un intento fallido de racionalizar la “creencia” en el carácter no arbitrario de la actuación de los jueces; y (iv) Troper no demuestra que lo verdaderamente democrático es que los jueces y tribunales participen del gobierno del pueblo y, en todo caso, no es cierto que éstos lo hagan sin poder expresar criterios de oportunidad (como él sostiene).
19. Se ha llegado a la conclusión que es la observancia de ciertas reglas procesales “básicas” la que nos puede ofrecer una base meridianamente rigurosa para evaluar la legitimidad o la ilegitimidad de la actuación judicial. Ello es así porque, aun cuando las reglas procesales en general también pueden presentar ciertos problemas de ambigüedad, sí existe un “núcleo duro” de exigencias procesales que, entendidas en su sentido más básico o elemental, le dan identidad al proceso judicial y, como tal, permiten reconocerlo como un proceso contradictorio donde las partes cumplen un rol fundamental. Está demostrado que esas exigencias están contenidas en tres principios: el de no autoconvocatoria de los jueces, el de contradicción entre las posiciones de las partes y el de congruencia entre el fallo del primero y lo solicitado por éstas. Será, pues, el cumplimiento de dichos principios el que fijará un piso mínimo por debajo del cual todo fallo judicial deviene en ilegítimo.



20. El principio de no autoconvocatoria indica que el poder del juez nunca se activa “de oficio” sino “a pedido de parte” y, por tanto, que éste solamente puede resolver aquellas controversias que hayan sido sometidas a su consideración por medio de la demanda o denuncia correspondiente. Ello es así porque, en aras de hacer justicia, los jueces no pueden legítimamente sustituir a los individuos en la toma de la decisión relativa a cuándo judicializar un conflicto o controversia interpersonal. En tal sentido, resulta ser sumamente razonable sostener que nadie debe obediencia a un mandato judicial que le impone la obligación de comparecer ante el propio juez para defenderse de una acusación, si es que dicha comparecencia no ha sido previamente solicitada en el ámbito judicial por la persona directamente afectada o, lo que es lo mismo, si es que el mandato señalado no es el resultado de haberse iniciado “a pedido de parte” un proceso judicial. Está demostrado, entonces, que el primer criterio para evaluar la legitimidad de la actuación judicial es verificar que la misma no se haya activado por cuenta propia.
  
21. El principio de contradicción exige, en tanto el proceso judicial es una contienda entre dos o más adversarios, que cada una de las partes siempre tenga la oportunidad de contradecir lo argumentado por las otras o, incluso, por el propio juez, tanto al inicio del proceso como a lo largo del mismo. En tal sentido, devendrá en ilegítima aquella actuación judicial que no ha cumplido con darle a las partes exactamente las mismas herramientas y oportunidades de argumentar y contraargumentar lo que crean pertinente en torno a los hechos, los medios probatorios y las normas jurídicas que, se cree, son aplicables para resolver la controversia. Es más, este principio también le exige que al juez, si tiene su propia posición en torno a los hechos o al Derecho, dar a las partes la oportunidad de alegar lo que estimen conveniente antes de resolver la controversia. Está demostrado, entonces, que el segundo criterio para evaluar la legitimidad de la actuación judicial es verificar que las partes hayan tenido efectivamente la posibilidad de participar en el “contradictorio”.
  
22. El principio de congruencia, en tanto el proceso judicial es una contienda a ser resuelta por un sujeto ajeno a las partes, requiere del juez que su fallo sea coherente o guarde correspondencia con los aspectos del litigio que hubieran sido objeto de debate y sobre los cuales, en virtud del principio de contradicción, las partes del proceso han tenido la oportunidad de manifestarse. En tal sentido, devendrá en ilegítima la actuación de aquel juez: (i) que falle contra persona distinta de las partes del proceso; (ii) que otorgue o rechace cosa distinta a la planteada en la petición de la demanda o en la contestación de la misma; y (iii) que no se pronuncie

sobre los fundamentos de hecho y de Derecho de la demanda (y de la contestación) señalando expresamente si los primeros están probados o no y si los segundos son adecuados o no para resolver la controversia. Está demostrado, entonces, que el tercer criterio para evaluar la legitimidad de la actuación judicial es verificar que la sentencia resuelva el conflicto que ha sido sometido a la consideración del órgano jurisdiccional correspondiente.

23. Aun cuando las exigencias procesales señaladas acotan, en el plano de la legitimidad, el jurídicamente ilimitado poder discrecional del juez, hay que ser conscientes de que aún es posible que una actuación judicial devenga en ilegítima. Ello es así porque, cumplir con las mismas, no supone que el juez no tiene el poder de imponer una interpretación “descabellada” acerca del sentido de un texto normativo que, a su juicio, es el pertinente para solucionar el caso que está en sus manos. Es por esta razón que dichas exigencias tan sólo hacen las veces de un “piso mínimo” de legitimidad: por debajo de ellas, toda actuación judicial deviene en ilegítima pero por encima todavía queda abierta la incertidumbre. Está demostrado que, a partir de ese instante, en el marco del Estado constitucional de Derecho, comienzan a operar una serie de elementos “carismáticos” que generan “confianza” en la persona del juez.
24. Está demostrado que dicha “confianza”, en el marco del Estado constitucional de Derecho, consiste en una “creencia” generalizada: que los jueces resuelven controversias siempre conforme a lo previsto en el Derecho. La cuestión está en que son esos elementos carismáticos, y no otra cosa, los que están detrás de la mencionada creencia. Ello es así porque, en tanto son inviables los criterios de legitimidad basados en la estricta sujeción a la ley o en los aspectos de la práctica judicial, no existe una base objetiva para confirmar o revocar la misma. Por tanto, la confianza señalada, en verdad, se genera a partir de entender que la persona que ocupa la posición de juez posee especiales actitudes y aptitudes para desempeñar las funciones que se le han encomendado. Se piensa, pues, que ellos, por su formación y personalidad, tienen las cualidades que se requieren para determinar, en cada caso, cuál es la ley aplicable. Se confía, así, en su poder intelectual, en su rectitud, en su imparcialidad, en su especial sentido de la justicia, etc. Está demostrado, entonces, que la legitimidad de la función judicial tiene un fuerte componente “carismático” y, como tal, serán esas especiales capacidades y aptitudes, que usualmente se le exigen a la persona que aspira a ocupar la posición de juez, las que servirán para legitimar el futuro desempeño de su cargo. Cuáles son exactamente, es un tema que escapa de las pretensiones del presente trabajo y que por el momento queda pendiente.

25. Al finalizar este trabajo de investigación, se concluye que la hipótesis planteada al inicio se ha confirmado. En efecto, a lo largo de la tesina, se ha comprobado: (i) que dado que los jueces siempre crean la norma jurídica que finalmente aplican, todo fallo judicial es válido en términos jurídicos; y (ii) que en el marco del Estado constitucional de Derecho, existen ciertos criterios procesales básicos que fijan un piso “mínimo” de legitimidad y, una vez cumplido con el mismo, elementos “carismáticos” que generan “confianza” en las partes del proceso (y, en general, en la ciudadanía) de que no devendrá en arbitraria la solución final que disponga el juez o tribunal correspondiente. Éstos son dos datos que tendrán que ser tomados en cuenta al momento de abordar el problema de hallar el prototipo de buen juez viable en el marco del Estado constitucional de Derecho.



## **BIBLIOGRAFÍA**

Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos.

“Tres concepciones de la democracia constitucional”. En: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 13-31.

Ahumada Ruiz, María Angeles.

“El “certiorari”: ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el tribunal supremo de los Estados Unidos”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, N° 41, mayo-agosto 1994, pp. 89-136.

Alexy, Robert.

*Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2° edición en castellano, 2007.

Andrés Ibáñez, Perfecto.

- “Para una ética positiva del juez”. En: *claves de la razón práctica*, 2005, N° 152, pp. 26-33.
- “Ética de la función de juzgar”. En: *jueces para la democracia*, 2001, N° 40, pp. 19-24.

Andrés Ibáñez, Perfecto y Claudio Movilla Alvarez.

*El Poder Judicial*. Madrid: Tecnos, 1986.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier.

- *De los derechos y el Estado de Derecho: Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- “Creación judicial del derecho: crítica de un paradigma”. En: *El derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 519-554.

Atienza, Manuel.

- “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”. En: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima/Bogotá: Palestra/Temis, 2009, pp. 201-222.
- “Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?”. En: *Jueces para la democracia*, N° 46, 2003, pp. 43-46.
- *Cuestiones judiciales*. México DF: Fontamara, 2001.

- “*Sobre lo razonable en el derecho*”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 27, 1989, pp. 93-110.

Atria, Fernando.

“Sobre las lagunas”. En: *Lagunas en el Derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 15-27.

Asís Roig, Rafael de.

- *El juez y la motivación en el Derecho*. Madrid: Dykinson, 2005.
- *Escritos sobre derechos humanos*. Lima: ARA Editores, 2005.
- *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson, 1999.
- “Estudio preliminar”. En: Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Traducción de Rafael De Asís y Andrea Greppi. Madrid: Debate, 1993, pp. 11-32.

Barranco Avilés, María del Carmen.

- “Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo”. En: *Teoría y Derecho*, N° 7, 2010, pp. 134-148.
- “Sobre el método jurídico tradicional como ficción”. En: *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 597-616.
- “El papel del juez en el Estado constitucional”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2005, N° 22, pp. 113-130.
- *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

Bernal Pulido, Carlos.

*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3° edición, 2007.

Bobbio, Norberto.

- *El positivismo jurídico*. Traducción de Rafael De Asís y Andrea Greppi. Madrid: Debate, 1993.
- *El problema del positivismo jurídico*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. México DF: Fontamara, 2° edición, 1992.
- “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”. En: *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asís. Madrid: Sistema, 1991, pp. 53-62.
- *Teoría General del Derecho*. Traducción de Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, 1991.

- *Estado, gobierno y sociedad*. Traducción de José F. Fernández Santillán. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1989.

Borowski, Martin.

*La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Bulygin, Eugenio.

- “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria”. En: *Lagunas en el Derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 73-85.
- “Los jueces ¿crean Derecho?”. En: *La función judicial. Ética y democracia*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 21-37.

Calamandrei, Piero.

*Instituciones de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 2º edición, Vol. I, 1986.

Cançado Trindade, Antonio.

*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

Carnelutti, Francesco.

- *Instituciones del proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 5º edición, Vol. I, 1989.
- *Cómo se hace un proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Valparaíso: Edeval, 2º edición en castellano, 1979.
- *Derecho y proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

Comanducci, Paolo.

*Constitución y teoría del derecho*. México DF: Fontamara, 2007.

Couture, Eduardo.

- *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 3º edición, 1988.
- *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2º edición, 1988.

Cuenca Gómez, Patricia.

- *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*. Madrid: Dykinson, 2008.
- “Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica”. En: *Anuario de filosofía del Derecho*, Tomo XXV, 2008-2009, pp. 207-233.

Díaz, Elías.

- “Estado de Derecho y democracia”. En: *Anuario de la facultad de Derecho*, N° 19-20, 2001-2002, pp. 201-217.
- *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Debate, 1984.
- *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 8° edición, 1981.
- *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 2° edición, 1980.
- *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid: Civitas, 1978.

Díez-Picazo, Luis María.

*Régimen constitucional del Poder judicial*. Madrid: Civitas, 1991.

Dorado Porras, Javier.

*Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Madrid: Dykinson, 2004.

Dworkin, Ronald.

- *La justicia con toga*. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.
- *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2° edición, 1989.
- *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts: Belknap, 1986.

Delgado Pinto, José.

“La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”. En: *Derechos y Libertades*, Año 7, N° 11, 2002, pp. 15-43.

Eco, Umberto.

*Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*. Traducción de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibáñez. Barcelona: Gedisa, 1982.



Elster, Jon.

“Introducción”. En: *Constitucionalismo y Democracia*. Jon Elster y Rune Slagstad (compiladores). Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 33-48.

Ely, John Hart.

*Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Traducción de Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo de Hombres Editores / Universidad de los Andes, 1997.

Escudero Alday, Rafael.

- “Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2005, N° 22, pp. 397-414.
- *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier.

*“Iura novit curia” y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000

Fernández García, Eusebio.

“Los jueces buenos y los buenos jueces. Algunas sencillas reflexiones y dudas sobre la ética judicial”. En: *Derechos y libertades*, N° 19, época II, 2008, pp. 17-35.

Ferrajoli, Luigi.

- “La democracia constitucional”. Discurso con ocasión de recibir, el 26 de abril de 2007, el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Nacional de Rosario. Traducción de Nicolás Guzmán. En: *Paradigmas de la democracia constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2009, pp. 33-44.
- Ferrajoli, Luigi. “Principia iuris. Una discusión teórica”. En: *Doxa*, N° 31, 2008, pp. 393-433.
- “Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”. En: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Gerardo Pisarello y Ricardo García Manrique (editores). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 167-216.
- “Jurisdicción y democracia”. En: *Democracia y garantismo*. Miguel Carbonell (editor). Madrid: Trotta, 2008.
- *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*. Madrid: Trotta, 2006.
- *Epistemología jurídica y garantismo*. México DF: Fontamara, 2004.
- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 6° edición, 2004.

- “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”. En: Isonomía, México, abril 2002, N° 16.
- *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

Gargarella, Roberto.

*La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

Garzón Valdés, Ernesto.

- “Algunas consideraciones acerca del deber de obediencia al Derecho según Elías Díaz (A propósito de Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política)”. En: *Revisión de Elías Díaz, sus libros y sus críticos*. Liborio Hierro, Francisco Laporta y Alfonso Ruiz Miguel (editores). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 415-428.
- “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”. En: *La función judicial*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 129-145.
- “El terrorismo de estado. El problema de su legitimación e ilegitimidad”. En: *Filosofía, Política, Derecho. Escritos seleccionados*. Javier de Lucas (editor). Valencia: Universitat de Valencia, 2001, pp. 131-165.
- “Consenso, racionalidad y legitimidad”. En: *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 455-471.
- “Acerca del concepto de legitimidad”. En: *Anuario de Derechos Humanos*. Madrid: UCM, N° 5, 1988/89, pp. 343-366.

Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia.

*Los jueces y la política: Poder judicial y democracia*. Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua. Madrid: Taurus, 1999.

Guastini, Riccardo.

- *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2008.
- *Estudios de teoría constitucional*. México DF: Fontamara, 2001.
- *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell. México: Porrúa, 3° edición, 2001.

Hart, H. L. A.

- "Postscriptum". En: *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bulloch, Penélope y Joseph Raz (editores). Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 1997, 1997, pp. 89-141.
- "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño". Traducción de José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro. En: *El ámbito de la jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (editores). Barcelona: Crítica, 1994, pp. 327-350.
- *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2º edición, 1990.
- "El nuevo desafío al positivismo jurídico". Traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo. En: *Sistema*, N° 36, 1980.

Hierro, Liborio.

- *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho*. Madrid: Iustel, 2º edición, 2009.
- *Estado de Derecho: problemas actuales*. México DF: Fontamara, 2º edición, 2001.

Holmes, Stephen.

"El precompromiso y la paradoja de la Democracia". En: *Constitucionalismo y Democracia*. Jon Elster y Rune Slagstad (compiladores). Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 217-262.

Iglesias Vila, Marisa.

El problema de la discreción judicial: Una aproximación al conocimiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

Kelsen, Hans.

*Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial universitaria de Buenos Aires, 13º edición, 1975.

Linares, Sebastián.

La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes. Madrid: Marcial Pons, 2008.

Malem Seña, Jorge F.

"La vida privada de los jueces". En: *La función judicial*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 163-179.

Moreso i Mateos, Josep Joan.

- *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Barcelona: UOC, 2006.
- *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Ost, François.

“Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”. En: *Doxa*, N° 14, 1993, pp.

Peces-Barba Martínez, Gregorio.

- *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: UC3M / BOE, 1999.
- *Ética, Poder y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Peña Freire, Antonio Manuel.

*La garantía en el Estado constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

Prieto Sanchís, Luís.

- *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima / Bogotá: Palestra / Temis, 2005.
- *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

Rodríguez, César.

“Teoría del derecho y decisión judicial: en torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin”. En: *La decisión judicial: El debate Hart–Dworkin*. Bulloch, Penélope y Joseph Raz (editores). Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 1997, pp. 15-88.

Ruiz Manero, Juan.

*Jurisdicción y normas: dos estudios sobre función judicial y teoría del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Sancho Gargallo, Ignacio.

“Ética judicial: el paradigma del buen juez”. En: *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 72, 2007, pp. 117-138.

Sen, Amartya.

*Desarrollo y Libertad*. Buenos Aires: Editorial Planeta, 2000.

Sunstein, Cass R.

“Constituciones y Democracias”. En: *Constitucionalismo y Democracia*. Jon Elster y Rune Slagstad (compiladores). Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 344-368.

Troper, Michel.

- *Ensayos de teoría constitucional*. Traducción de Bernardo Bolaños. México DF: Fontamara, 2004.
- “El poder judicial y la democracia”. En: *La función judicial*. Jorge Malen, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003.
- *Por una teoría jurídica del Estado*. Traducción de María Venegas Grau. Madrid: Dykinson, 2001.

Weber, Max.

- *Conceptos sociológicos fundamentales*. Edición y traducción de Joaquín Abellán. Madrid: Alianza editorial, 2006.
- *Economía y sociedad*. Traducción de José Medina Echevarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2º edición, 1964.

Zagrebelsky, Gustavo.

*El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.